



Universidad  
de Alcalá

# TÍTULO DEL TRABAJO

**ITER CRIMINIS**

## **Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por: **Dña. Silvia Gaeti Márquez**

Dirigido por: **Dra. Dña Carmen Pérez- Sauquillo Muñoz**

Prof. Dra. : **Dña. Raquel Roso Cañadillas**

**Alcalá de Henares, julio 2021**

## ÍNDICE:

1. RESUMEN.....	3
2. INTRODUCCIÓN.....	4
3. CONCEPTO DE <i>ITER CRIMINIS</i> Y SU REGULACIÓN JURÍDICA.....	5
4. FASES DEL <i>ITER CRIMINIS</i> : FASE INTERNA Y FASE EXTERNA.....	7
4.1 FASE INTERNA DEL <i>ITER CRIMINIS</i> .....	7
4.1.1 Concepto y composición de la fase interna del <i>Iter Criminis</i> .....	9
4.1.2.1 Ideación.....	9
4.1.2.2 Deliberación.....	9
4.1.2.3 Decisión .....	10
4.2 FASE EXTERNA DEL <i>ITER CRIMINIS</i> .....	13
4.2.1 Concepto y composición de la fase externa del <i>Iter Criminis</i> .....	13
4.2.2 Actos preparatorios: .....	15
4.2.2.1 Concepto y punibilidad.....	15
4.2.2.2 Tipología de actos preparatorios: conspiración, proposición, provocación y apología .....	23
5. FASE DE EJECUCIÓN del <i>ITER CRIMINIS</i> .....	47
5.1 Diferencia entre actos preparatorios y actos de ejecución.....	47
5.2 Tentativa y desistimiento .....	50
5.3 Consumación y agotamiento del delito.....	60
6. CONCLUSIONES .....	65
7. BIBLIOGRAFÍA Y REVISTAS JURÍDICAS CONSULTADAS .....	65
8. ANEXO JURISPRUDENCIAL .....	72

## **1. RESUMEN**

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad el estudio del iter criminis, es decir, del proceso o camino que recorre la comisión de un delito desde que surge en la mente del agente, hasta la consumación y agotamiento del mismo en el supuesto de que se alcance a producir su materialización.

Lo que se pretende lograr es saber en detalle cómo transcurre la vida de un hecho punible a través de las diferentes etapas por las que tiene que atravesar; empezando por una fase interna, más íntima, que podría definirse como el “plan inicial del autor” pero que a efectos penales es totalmente irrelevante, para pasar seguidamente a la fase externa, que se manifiesta cuando el sujeto activo pone en marcha su decisión; la idea sale de su mente. En este momento concreto es cuando el autor crea las condiciones necesarias para el logro de su finalidad dando comienzo a la materialización. Esta fase se compone por los actos preparatorios punibles y los actos de ejecución constituida por la tentativa (institución que da comienzo a la fase de ejecución) y por la consumación de la conducta delictiva. Dicha fase sí que despliega efectos jurídicos.

## 2. INTRODUCCIÓN

Para la elaboración de este Trabajo de Fin de Máster, la metodología que se ha seguido es la que a continuación se expondrá.

El primer punto del trabajo trata sobre el concepto de iter criminis y su regulación jurídica dentro de nuestro Código Penal. Seguidamente examinamos las dos fases que componen el camino que realiza el acto delictivo: tanto la fase interna o subjetiva, como su fase externa u objetiva. Dentro de la fase interna, se examina en que consiste dicha fase y su formación haciendo hincapié en los conceptos de ideación, deliberación y decisión subrayando su concepto, en que consiste cada uno de ellos y subrayando su irrelevancia a nivel jurídico pues es sabido que el pensamiento no delinque. En lo que concierne la fase externa del Iter Criminis, resaltaremos su concepto y momentos que estructuran esta fase.

En el apartado de los actos preparatorios, desglosaremos en qué consisten y la tipología de actos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, como son la conspiración y proposición ubicados en el artículo 17 del Código Penal y la provocación junto a la apología, recogidas ambas en el artículo 18 del Código Penal. Por último, nos referiremos a otro aspecto fundamental: la regla general de impunidad salvo las excepciones que dicte la ley.

Una vez que haya expuesto cada uno de los actos preparatorios, explicaremos la diferenciación entre estos y los actos de ejecución.

En la fase ejecutiva del iter criminis abordaremos la tentativa recogida en el artículo 16.1 del Código Penal, examinando su concepto, tipologías y su punibilidad; el desistimiento que se encuentra ubicado en el apartado segundo del artículo 16 resaltando en que consiste, los requisitos que se precisan para que el autor pueda llegar a beneficiarse de la impunidad y cuando de lo contrario, la doctrina opina que el desistimiento resulta ser ineficaz.

Para concluir lo último que analizaré será la consumación de la conducta delictiva que varía según la tipología de delito, conllevando con ello el fin del iter criminis y abriéndose paso a la fase post consumación denominada “agotamiento”, en la que el autor ve satisfecho su objetivo.

Para la elaboración de este trabajo, nos hemos apoyado en manuales y monografías, complementándolos con la consulta de revistas jurídicas como: Revista electrónica de ciencias penales y criminología, Revista General de Derecho Penal, Revista de Derecho Penal y

Criminología, entre otras. Asimismo, y a efectos de la búsqueda de jurisprudencia, hemos consultado bases de datos como Aranzadi Instituciones o Vlex.

### 3. CONCEPTO DE *ITER CRIMINIS* Y SU REGULACIÓN JURÍDICA

La locución latina *iter criminis*, hace referencia a lo que se conoce en la rama de Derecho Penal como “camino del delito” o “proceso” que efectúa el delito.

Se habla de una verdadera “vida del delito” o más concretamente, de un proceso psicofísico que comienza desde el momento en el que aparece la idea criminal en el pensamiento del sujeto activo (autor) hasta que se concretiza en una *realidad material*<sup>1</sup> a través de su ejecución y concluyendo con la materialización del resultado típico y su correlativo agotamiento.

La conducta del autor por lo tanto, atraviesa por diferentes fases formando el *iter criminis*. Este recorrido se fundamenta entonces, en un *desarrollo cronológico* que experimenta la conducta ilícita siguiendo unas determinadas pautas temporales<sup>2</sup>.

Un dato a tener en cuenta, aunque pueda resultar obvio, es que dicha conducta, tiene carácter *doloso*<sup>3</sup>.

A pesar de que el *iter criminis* esté configurado por unas fases determinadas, es importante destacar que no en todos los casos, se llegan a verificar todas y cada una de ellas; pues existe la posibilidad de que este camino, quede trocado o incluso, estancado en las fases iniciales sin que se llegue a desarrollar la ejecución en su fase externa<sup>4</sup>.

Es importante destacar que los actos que se van desarrollando a lo largo del *iter criminis*, se van acercando a una lesión del bien jurídico protegido dando lugar a una “*frontera entre lo que constituye actuar lícito o jurídicamente irrelevante y actuar de manera ilícita, en sentido penal, siendo relevante jurídicamente*”<sup>5</sup>

---

1 EZAINE CHAVEZ Amado, (1984). *Iter Criminis, actos preparatorios, tentativa, frustración, consumación*, 5ª ed, Lima-Perú: Ediciones jurídicas lambayecanas, p.9.

2 BLANCO LOZANO Carlos, (2005). *Tratado de Derecho Penal español-Tomo I El sistema de la parte general volumen II, la estructura del delito*, Barcelona: Editorial JM Bosch Editor, p.401.

3 ALASTUEY DOBÓN Carmen, (2016). Los grados de realización del delito. En ROMEO CASABONA Carlos, SOLA RECHE Esteban, BOLDOVA PASAMAR Miguel Angel, “Derecho Penal parte general, Introducción Teoría jurídica del delito”, 2ª ed, Granada: Editorial Comares, p. 185 a 202.

4 ORTS BERENGUER Enrique Y JOSE L. GONZALEZ CUSSAC, (2016). *Compendio Derecho Penal Parte General*, 6ª ed, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanc, p. 251 y ss

En lo que concierne la regulación jurídica del *iter criminis*, este se encuentra ubicado dentro del Libro I, Título I, Capítulo I del vigente Código Penal español<sup>6</sup>.

Lo que este bloque del texto normativo penal abarca, formando de tal manera la estructura del *iter criminis*, es la *consumación del delito*, regulado en el artículo 15, la *tentativa* plasmada en el artículo 16 y conductas como la *conspiración y proposición* en el artículo 17 y la *provocación* junto a la *apología* en el artículo 18.

---

5 EZAINE CHAVEZ Amado, (1984). *Iter Criminis, actos preparatorios, tentativa, frustración, consumación*, 5ª ed, Lima-Perú: Ediciones jurídicas lambayecanas, p.12.

6 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.281, de 24/11/1995) .

#### 4. FASES DEL *ITER CRIMINIS*: FASE INTERNA Y FASE EXTERNA

En cuanto a la estructura del *iter criminis*, este se compone de dos fases: una *fase interna*, o también denominada subjetiva y una *fase externa* u objetiva.

Como veremos con mas detenimiento en los puntos sucesivos, ambas fases presentan diferencias entre si sobretodo en lo relativo a las consecuencias penales<sup>7</sup>.

##### 4.1 FASE INTERNA DEL *ITER CRIMINIS*: CONCEPTO Y COMPOSICIÓN

Del concepto de *iter criminis*, se desprende que dicho camino del crimen comienza por un *procedimiento psicológico* es decir, por la incubación de la idea de comisión de una conducta no permitida por el ordenamiento jurídico; por lo tanto, todo inicia a partir del fuero interno de la conciencia del sujeto.

Dentro de esta fase, lo que se efectúa, es un *análisis dogmático-penal de la psiquis* del sujeto activo<sup>8</sup>; por consiguiente cuando se habla de la fase interna hay que situarse en la *esfera del pensamiento del autor*.

Al encontrarnos dentro del fuero interno de la conciencia, es conveniente hacer especial hincapié en la conducta criminal desde el punto de vista de una de las ramas de la psicología jurídica como lo es la psicología forense, con el animo de entender mas en profundidad el porque, que motivos se esconden detrás de la mente del sujeto para que se transforme en un posible criminal. Es una herramienta muy útil pues ayuda a la justicia a entender el fenómeno de la criminalidad<sup>9</sup>.

---

7 MEJÍA A. Humberto, (1966). "Análisis del Iter Criminis". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Politicas* [en línea]. Colombia: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, vol 41, nº115, p. 21 a 30, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212512>.

8 CASTRO MARADIAGA Juan Bautista, (2009). "Las etapas del Iter Criminis y su aplicación practica en los tipos del injusto de homicidio y asesinato". *Revista de Derecho* [en línea]. Nicaragua : Editorial Universidad Centroamericana, nº12, p. 97 a 132,, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973388>

9 ARISTIZABAL DIAZGRANADOS Edith, AMAR AMAR José, (2012). *Psicología Forense: estudio de la mente criminal*, 2º ed, Bogotá-Colombia: Editorial Universidad del Norte, p.24.



Lo que se conoce como *impulso criminal*<sup>10</sup> es como una “*carencia de los mecanismos neuronales inhibidores de las conductas prohibidas o lesivas, asociadas al factor de la oportunidad*<sup>11</sup> o de la *necesidad de la acción delictiva*”.

En muchas ocasiones se estima que la persona que planea o que ya ha exteriorizado tales planes o pensamientos a través de la comisión de un crimen, resulte tener algún tipo de deterioro a nivel mental pero no siempre es así; todos pueden ser delincuentes.

Este impulso criminal, no tiene naturaleza permanente, sino que tiene su razón de ser o bien por determinadas situaciones que lo desencadena o bien por estados de ánimo incontrolables (p.e. tensión, angustia, temor, envidia, venganza, odio).

Cierto es que hay múltiples factores que inciden en la personalidad acarreado una modificación en el pensamiento o en la conducta.

Hay causas, como puede ser el abandono en la infancia, abusos, pertenencia a un ambiente familiar desestructurado o con tendencia criminal, recibir una educación con valores antagónicos a las reglas básicas de la sociedad, que confeccionan en la persona una visión de la realidad totalmente deformada a lo que conocemos como “normalidad.”

Entrando ahora sí más en detalle en lo que concierne la estructura de esta fase inicial del *iter criminis* y debido a que el contenido de la voluntad persigue siempre lograr una finalidad, lo que sucede en la fase interna, es que a través del pensamiento, el sujeto se adelanta a la realización del fin seleccionando y valorando los medios que pueda necesitar. Esta elección de medios surge con la finalidad, como es en este caso, realizar los elementos del tipo<sup>12</sup>.

El autor en esta fase interna analiza también junto a los medios, otras *circunstancias asociadas* (circunstancias concomitantes) para conseguir el fin. Aquí es donde el sujeto activo estudia la posibilidad de realización o rechazo de algunos de los medios valorados<sup>13</sup>.

---

10 MACIÁ GÓMEZ Ramón, (2010). “El impulso criminal”. *Revista General de Derecho Penal* [en línea]. España: Editorial Iustel, vol., nº13, p. 1 a 14, disponible en: <https://www.yumpu.com/es/document/view/14620706/el-impulso-criminal-ramon-macia-gomez>

11 Se refiere a que los delitos en pluralidad de ocasiones, los crímenes se producen por familiares o personas muy cercanas a la víctima.

12 MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARAN Mercedes, (2010). *Derecho Penal parte General*, 8ªed, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanc, p. 215.

13 MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARAN Mercedes, (2010). *Derecho Penal parte General*, 8ªed, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanc, p. 215.

Dichos actos no tienen vida en el mundo exterior pues esta fase de proyección de ejecución de delito, se desarrolla en todo momento en la mente de la persona sin conllevar un peligro real para el bien jurídico protegido por el derecho.

Toda actuación delictiva dolosa pasa por los estadios intrapsíquicos de la ideación, deliberación y resolución.

#### **4.1.2.1 Ideación:**

La *ideación* supone que la idea delictiva nace en el pensamiento; es la primera tentación.

En este supuesto, la persona imagina, se le ocurre poner en marcha la comisión de un hecho delictivo. sin traspasar esa barrera personal de la ideación.

Una vez ideada la posible ejecución de la conducta, aflora un sentimiento de deseo de consecución. En este momento concreto, al sujeto le agrada la idea y siente una necesidad de satisfacer su impulso.

#### **4.1.2.2 Deliberación:**

El segundo elemento que compone la fase interna del *iter criminis* es la *deliberación*. En este aspecto, la persona medita, considera la idea criminosa. Aquí entran en juego los pro y contras de la idea inicial; la persona se encuentra sumergido en un “debate interno conflictivo” en el que por un extremo se encuentra su ocurrencia delictiva y por el otro las del deber junto al temor a las consecuencias jurídicas en las que puede incurrir aunque autores como MIR PUIG, opina que esta fase puede ser “*más o menos breve, e incluso faltar*”.

En el momento de la deliberación al efectuar una ponderación de la posible comisión de la conducta ilícita, caben dos opciones: seguir adelante asumiendo el plan hasta ejecutarlo o de lo contrario, rechazar y abandonar la idea. Sobre esto ultimo es preciso matizar que el abandono de la idea criminal también se puede producir durante la fase externa del *iter criminis* mediante el desistimiento que explicaré en detalle más adelante.

El futuro “autor<sup>14</sup>” en esta fase valora otros elementos entre los cuales pensar en la posibilidad de cometer por si solo el delito convirtiéndose en autor único o requerir ayuda a través de la

---

<sup>14</sup> En mi opinión y usando la lógica, al encontrarnos en la fase interna donde todavía no se ha producido la acción, no sería del todo correcto definirlo AUTOR.

participación de más sujetos o incluso llegar a proponer que dicho delito lo cometa un tercero<sup>15</sup>.

#### **4.1.2.3 Resolución o decisión:**

Con la *resolución delictual* o *decisión* termina la fase interna del *iter criminis*. En este punto el sujeto ha llegado a la conclusión de hacer efectiva la fase anterior de deliberación sabiendo ya el *cómo, cuándo y dónde* realizar la conducta típica y los medios que le van a proporcionar el resultado deseado.

En el supuesto de que intervenga otro sujeto<sup>16</sup>, este deja a valoración del otro la firmeza de la decisión sobre la ejecución del delito. La voluntad del partícipe no se ha generado de manera libre, sino que se ha ido desarrollando conforme las circunstancias aportando una *actividad*.

El Derecho Penal al ser considerado como *Derecho Penal de acto y no de autor*, se llega a la conclusión de que no puede ser constitutivo de delito un pensamiento o una mera idea a condición de que dichos pensamientos o ideas que nacen dentro de la mente del autor, no se plasmen en la realidad. En definitiva, se puede decir que la fase interna del *iter criminis*, gira entorno a una expresión básica del Derecho Penal que todos conocemos :“*cogitationis poenam nemo patitur o el pensamiento no delinque*”.

Dentro de esta idea descansa lo que se conoce como “*el principio del hecho*”<sup>17</sup>.

Este principio supone que la pena no puede ser aplicada en una *nuda actitud interna* pues lo verdaderamente relevante para el Derecho Penal y mas precisamente en la comisión de una infracción criminal, son aquellos componentes o elementos internos que se hayan llevado a efecto pues los pensamientos y sentimientos entendidos en sentido estricto, ni alcanzan los contactos sociales ni provocan un perjuicio social.

---

15 NUÑEZ DE ARCO Jorge, (2017). *Psicología criminal y Criminalística*, 1ªed, Santiago-Chile: Ediciones Olejnik, p. 207.

16 ROXIN Claus, (2016). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 9ªed, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 60.

17 BACIGALUPO SAGGESE Silvina, BAJO FERNÁNDEZ Miguel, J.BASSO GONZALO, CANCIO MELIÁ Manuel, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO Julio, FAKHOURI GÓMEZ Yamila, LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, MARAVER GÓMEZ Mario, MENDOZA BUERGO Blanca, MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, PEÑARANDA RAMOS Enrique, PÉREZ MANZANO Mercedes, POZUELO PÉREZ Laura, RODRÍGUEZ HORCAJO Daniel, (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*, 1ªed, Madrid: Editorial imprenta nacional de la agencia estatal BOE, p.71 y ss.

El artículo 10<sup>18</sup> del Código Penal deja muy claro que junto a los presupuestos de tipicidad, atijuricidad, culpabilidad y punibilidad (en determinados supuestos), lo que definen el concepto de delito además de las omisiones son las *acciones*. Son las acciones y omisiones que dan lugar a las infracciones penales creando una puesta en peligro o lesionando los bienes jurídicos protegidos mediante una conducta activa pues se exhibe una manifestación de la voluntad hacia el exterior y es lo que realmente le interesa a nuestro Derecho Penal.

Sobre las acciones, diversos son los conceptos<sup>19</sup> que se han ido desarrollando a lo largo de los siglos y que en parte se siguen manteniendo al día de hoy en la doctrina de nuestro país como el concepto *causal de acción*. Esta noción se fundamenta en un *movimiento corporal causado por el impulso de la voluntad ocasionando una modificación en el mundo exterior*. El elemento esencial aquí es la causalidad.

Un segundo concepto es el que se conoce como *concepto final de la acción*. El factor determinante es la *finalidad*, es decir, el sujeto intencionadamente se encamina hacia su objetivo preconcebido. En este caso, la acción que comete la persona se define por el ejercicio de una actividad final.

El último concepto se apoya en la idea de acción desde el punto de vista social: concepto *social de acción*. Esta posición reúne los dos conceptos anteriores pues la acción se entiende como todo comportamiento humano socialmente relevante. Los dos componentes clave son la finalidad y la manifestación externa. En efecto, el rol que desempeñan las normas penales es aquel de prohibir aquellas conductas humanas externas y finales.

El Derecho penal solamente puede actuar y prohibir de forma lícita las manifestaciones externas y no aquellas derivadas de la mente de la persona pues pertenecen a la moral siempre que no se exterioricen. En derecho penal únicamente son relevante *hechos concretos* por lo que no son fruto de enjuiciamiento ni los pensamientos ni formas de ser o personalidades. No hay acción en los meros pensamientos.

La STS de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº304/2011, sección primera de 19 de abril de 2011<sup>20</sup> pone de manifiesto que “*Desde que la idea delictiva surge en la mente de una*

---

18Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.281, de 24/11/1995) Artículo 10 CP “*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.*

19MIR PUIG Santiago, (2016). *Derecho Penal parte general*, 10º de, Barcelona: Editorial Reppertor, p. 191 y ss.

20Esta sentencia del Tribunal Supremo casó en parte la sentencia de la Sala de lo Penal de la AN n.º 47/2010 de 1 de junio.

*persona hasta su ejecución ha de recorrerse un camino, conocido por "iter criminis" en que se han distinguido varias etapas: ideación, preparación, ejecución y consumación. La primera no es punible, pues la idea no ha salido de la persona y "los pensamientos no delinquen". Se hace necesario una exteriorización de la idea criminal para su punición".*

Una ulterior sentencia del Tribunal Supremo más concretamente la N°106/2015 de 19 de febrero de 2015<sup>21</sup>, también ilustra como los meros pensamientos o sentimientos, como en este caso el sentimiento de odio, no conllevan consecuencias jurídicas. Así lo manifiesta en el FJ tercero de dicha sentencia *"No se criminaliza el sentimiento del odio, que como tal en tanto permanezca oculto en el interior del ser humano que fuera de la respuesta penal porque los pensamientos no delinquen, sino que lo que se criminaliza son hechos externos que ensalzan tal odio y que constituyen hechos, tipificados".* La Doctrina de la sala establecía además que el sentimiento que se encuentra dentro del fuero interno queda *"extramuros"* de la intervención penal de acuerdo con el concepto de *"los pensamientos no delinquen"* pero en cambio, su exteriorización sí debe ser sancionado.

En conclusión es difícil concebir el concepto de delito<sup>22</sup> sin vincularlo a una acción humana ya que solamente una acción realizada por un sujeto, puede tener como consecuencia la imposición de una pena.

---

21STS n.º 106/2015, Sala de lo Penal, de 19-02. Esta sentencia confirma la sentencia N.º 2/2014 de 31 de marzo de la Sala de lo Penal de la AN, sección 3º. La AN condenó al encausado como autor de delito de enlazamiento al terrorismo pues animó a gente a que subieran a la plataforma de Youtube, audios y videos creados por el mismo cuyo contenido hacía una clara referencia a grupos terroristas y su apoyo a los mismos.

22GRAF ZU DOHNA Alexander, (2018). *La estructura de la teoría del delito*, Edición primera, 1ºed, Argentina: Editorial Olejnik, p. 16 y ss.

## 4.2 FASE EXTERNA DEL *ITER CRIMINIS*

### 4.2.1 Concepto y composición de la fase externa del *Iter Criminis*:

Una vez que se ha constituido la ideación criminal y se han elegido los medios para su materialización, entra en juego la siguiente fase que compone el *iter criminis*: la fase externa.

Lo que diferencia esta etapa con la anterior es que esta sí puede revestir relevancia jurídica en cuanto a punibilidad se refiere. Los actos que se van a realizar conllevan efectivamente una intencionalidad exteriorizada por el sujeto activo cuyo resultado trae como consecuencia la producción de la conducta prohibida y la consiguiente lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Aun siendo clara la importancia a nivel jurídico que posee esta fase en comparación con la interna, es discutible el momento concreto en el que interviene el Derecho Penal, pues eso no significa que deba ser castigada siempre y en todo caso. Este aspecto se entenderá mejor en la punición o no punición de los actos preparatorios.

En cuanto a la intervención del Derecho Penal, recordemos que una de las la funciones más importantes consiste en asegurar las condiciones de existencia de la sociedad. En otras palabras, el Derecho Penal ocupa una “posición de garante” de la vida en comunidad cuyo objetivo es evitar la lesión de los bienes jurídicos. En efecto, no cabe discusión alguna al afirmar que el Derecho penal debe mantener como prioridad el amparo de los intereses más indispensables tanto sociales como individuales, que se conocen como “bien jurídico”, siendo éste todo valor esencial de la sociedad y del hombre individual aceptado por el ordenamiento jurídico.

El Derecho Penal al mismo tiempo cumple una función *motivadora*, tratando de incitar a las personas a no perturbar las previamente citadas: *condiciones esenciales de convivencia en sociedad*<sup>23</sup>.

Cabe resaltar que un elemento interesante a tener en consideración sobre la valoración jurídico-penal, es que *la finalidad* de la acción no solo es lo único a lo que se le presta atención, sino que además también lo pueden llegar a ser los medios y las circunstancias concomitantes relacionados con la realización del fin. El legislador, cuando define las acciones ilícitas, también valora estos dos factores desde el principio pues puede suceder que la finalidad no

---

23 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, (2016). *Sistema de Derecho Penal, fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, 3º ed, Madrid, Editorial Dykinson, p. 88 y ss.

tenga carácter ilícito pero que los medios empleados y las consecuencias, si tengan su peso dentro del ámbito jurídico.

Otro punto que destacar en esta fase externa (aunque mas concretamente en su fase ejecutiva) es que ahora sí cobra sentido hablar de “*autor*”<sup>24</sup> de la acción delictiva, pues es el momento en que éste procede a la materialización del hecho en el mundo externo según su plan ideado previamente con la correlativa intención de lograr su objetivo<sup>25</sup>.

En la fase interna, al establecer que los pensamientos y sentimientos no son objeto de sanción, no se aprecia una conexión estrecha entre el concepto de delito y el de autor.

El delito es todo comportamiento *típico, antijurídico* (no justificado), *culpable* y por último *punible*, por lo que se acopla una sanción en función de la culpabilidad que ostente el sujeto autor.

Al establecer este concepto, únicamente hay delito cuando existe una conducta antijurídica y reputada *personalmente* (individualmente) *imputable* comprobando tanto la ilicitud del hecho como la culpabilidad del autor. Dicho esto, lo que se pretende fundamentar con este razonamiento, es que el legislador proyecta la figura del autor como *punto de referencia* y elemento clave de la comisión delictiva; es el núcleo de la acción y esta se describe como transformación perceptible del mundo exterior.

Sobre la composición de la fase externa, esta se encuentra formada por los *actos preparatorios* y la *fase de ejecución*, llevando a cabo parte o la totalidad de los elementos del tipo recogidos en el CP.

En esta fase, por tanto lo que se analiza es aquel acto o actos externos, enfocado en la ejecución, en un principio completa, del hecho típico y antijurídico<sup>26</sup>.

---

24 No obstante cabe matizar que en el ámbito de los actos preparatorios punibles, el sujeto activo adopta las siguientes denominaciones: conspirador (conspiración), proponente (proposición), provocador (provocación) y apologeta (apología).

25 MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARAN Mercedes, (2010).*Derecho Penal Parte General*,8ªed, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanc, p.216.

26 ORTIZ NAVARRO José Francisco, ZABALA LÓPEZ-GOMEZ Carlos, (2020).*Elementos de Derecho Penal Parte General*,3ªed, Editorial:Tirant lo Blanc, p.159.

## 4.2.2 Actos preparatorios

### 4.2.2.1 Concepto y punibilidad de los actos preparatorios.

Los actos preparatorios suponen una etapa *intermedia* ubicada entre la fase interna del *iter criminis* y la verdadera materialización de los elementos del tipo conocida como *fase de ejecución*. Nos situamos ante comportamientos pre-ejecutivos.

Estos actos preparatorios se definen como aquella *actividad externa* que tiene como objetivo encauzar y facilitar la comisión del hecho ilícito. Es importante por tanto la presencia de una *conducta externa*.

Dichos actos presentan características muy diversas con los actos de ejecución. En primer lugar, en lo que concierne al riesgo que suponen para el bien jurídico protegido por el derecho y, por otro lado, en su punición<sup>27</sup>.

En nuestro sistema jurídico, los actos preparatorios se rigen por el principio de impunidad; no obstante, a veces se sancionan de manera *excepcional*, a diferencia de los actos de ejecución, que se castigan siempre (art. 15 CP). En un principio, estos actos preparatorios son impunes al valorarse que no suponen una seria amenaza para la integridad del bien jurídico, salvo aquellos que faciliten o favorezcan la comisión delictiva permitiendo al legislador la anticipación del castigo sin esperar a que se dé comienzo a la ejecución del tipo.

La impunidad como regla general de la que gozan de los actos preparatorios podría decirse que existe una estrecha relación con el principio de intervención mínima del Derecho Penal o también conocido como principio de subsidiariedad.

Sobre este aspecto la STS Penal Nº 120/2009 de 9 de febrero se pronunció de la siguiente manera: “Nadie cuestiona que el derecho penal no puede sancionar todo peligro de afección de un bien jurídico cuando aquél se muestra todavía lejano o poco intenso. [...] De ahí que sólo la verdadera energía delictiva, aquella que conmueve el sentimiento jurídico de la sociedad, justifica la intervención del derecho penal. Conforme a esa idea, el CP solo sanciona determinados actos preparatorios o pre-ejecutivos que, en realidad, son resoluciones manifestadas para delinquir”.

---

<sup>27</sup> p.ej. Un sujeto planea cometer un homicidio y para ello consigue un arma de fuego. El delito presente en ese instante es el de posesión ilegal de arma de fuego.



Este principio se fundamenta en el concepto de Derecho Penal como *última ratio* (último recurso) al entenderse que la imposición de una pena es un menoscabo irreversible por lo que solamente debe ser empleado cuando no exista otra vía jurídica de protección menos agresiva.

Esta rama del Derecho tiene que servir de auxilio para *intereses mayoritarios y necesarios* para preservar el orden y buen funcionamiento del estado de derecho. El fundamento jurídico primero de la sentencia previamente citada, lo que viene a demostrar básicamente es que el Derecho Penal debe sancionar aquellos ataques más arriesgados a bienes jurídicos (muchas veces derivados de derechos fundamentales como la vida, integridad física y muchos otros más) y no todos los comportamientos ofensivos.

Otro principio esencial que merece ser mencionado en lo que concierne la singularidad de su punibilidad, es el principio de legalidad. La importancia de este principio radica en evitar que el poder punitivo que ostenta el Estado se ejerza sin control alguno, pues tanto la configuración de las conductas típicas como la aplicación de sus penas, deben estar recogidas por ley. Dicho esto, este principio va aparejado con la “*exigencia de una ley previa*” que afirme la ilicitud de determinadas conductas para ser consideradas delictivas y ser por lo consiguiente, castigadas<sup>28</sup>.

No obstante rija en nuestro Derecho la impunidad de los actos preparatorios, cabe decir que se han elaborado determinadas teorías que fundamentan la sanción de conductas que no alcanzan a perjudicar el bien jurídico protegido en fases anteriores a la materialización del delito. La opinión mayoritaria que sigue la doctrina en España, sostiene la teoría *objetiva* cuya principal preocupación es aquella *cercanía objetiva* que puede existir entre estas fases previas y el perjuicio del bien jurídico digno de protección. Sin embargo la regla general de dicha impunidad de los actos preparatorios se vinculen a la carencia de peligro objetivo, el núcleo esencial de esta teoría es el grado de riesgo que puede experimentar el bien jurídico en determinadas situaciones.

Las otras dos teorías existentes acerca de la punición de las fases anteriores a la consumación son la teoría subjetiva y la teoría mixta.

La teoría subjetiva descansa en la “voluntad manifestada contraria a Derecho” es decir, orientar la voluntad hacia la lesión del bien jurídico.

---

28SERRANO BERMÚDEZ Jose María, (2013). “Conceptos básicos de Derecho Civil, Penal y Procesal” EN: SIERRA Juan Carlos, JIMÉNEZ Eva María “Psicología forense: manual de técnicas y aplicaciones” edición en formato digital: 2013. Editorial Biblioteca Nueva SL, p. de 89 a 103.

En la teoría mixta el objeto de la sanción es la voluntad de delinquir pero lo que de verdad determina el “merecimiento de la pena” es el impacto que produce en la sociedad, la conmoción de la comunidad. Solo se castigan actos que conlleven un *efecto conmocionante* a nivel social destacando la naturaleza socialmente perturbadora del hecho penalmente relevante aunque esto puede limitar el abanico de posibilidades en que se castiguen conductas que no afecten a la sociedad.<sup>29</sup>

A pesar de que se analice con más detenimiento en los puntos sucesivos, en Derecho Penal español, *tres* son los actos preparatorios considerados punibles: la conspiración, proposición, provocación y apología (conocidos también como voluntades manifestadas) y aun así no en todos los casos son siempre objeto de castigo ni tampoco lo son en todos los delitos tipificados en nuestro CP.

Lo que se pretende decir es que solamente aquellos actos preparatorios *expresados por ley (conspiración, proposición, provocación y apología) y respecto de delitos donde se especifique de manera clara*, podrán ser perseguidos. Así, la STS N.º1994/2002 de 29 de noviembre<sup>30</sup> sobre los problemas relativos a la proposición para delinquir, establece en su FJ 1º que “*tanto respecto a los actos preparatorios, como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de la no punición. Solo excepcionalmente se castigarían estas últimas cuando de forma expresa los prevea la Ley*”.

Estas conductas preparatorias son consideradas como una *causa de extensión del alcance del tipo* pues nuestro texto normativo penal no hace constar ningún precepto concreto que castigue el acto de preparación. Los delitos que sí castigan los actos preparatorios punibles son aquellos considerados *más graves* o cuyo *bien jurídico protegido tiene un valor superior* en comparación con otros<sup>31</sup>.

En nuestro país se establece el castigo no autónomo de las conductas recogidas en los preceptos 17 y ss del CP para un grupo cerrado de delitos. El legislador lleva a cabo la conexión con los delitos de la parte especial de las siguientes formas : en primer lugar se refiere a delitos determinados (arts. 269, 477, 519, 548); en segundo lugar a artículos en

---

29 MIR PUIG Santiago, (2016). *Derecho Penal Parte General*, 10ªed, Barcelona, Editorial Reppertor, p.347.

30 STS N.º 1994/2002 Sala de lo Penal, Sección 1º de 29 de noviembre. Esta sentencia confirma la SAP N.º 37/2001 de 20 de marzo de la AP, Sección 1º de Navarra.

31 ORTOS BERENGUER ENRIQUE Y JOSE L. GONZALEZ CUSSAC, (2019). *Compendio Derecho Penal Parte General*, 8ª ed, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanc, p. 271 y ss.

concreto(arts. 141, 151, 304, 373, 488, 553, 578, 585) y por último a un Capítulo o Título completo del Código Penal (arts. 168, 615) .

Los delitos en los que se prevén la sanción de los actos preparatorios son los siguientes: *homicidio y asesinato, lesiones, detenciones ilegales y secuestro, robo, estafa, extorsión, apropiación indebida, blanqueo de capitales, delito contra salud pública, delito contra la Corona, delitos de sedición, delito de terrorismo, delito de traición y delito contra la comunidad internacional y delito contra la autoridad y agentes.*

Cuestión distinta que cabe ser subrayada, es la existencia de delitos que castigan actos materialmente preparatorios que han sido elevados por el legislador a categoría de delitos autónomos. Dichos hechos delictivos se definen como “delitos preparatorios o delitos de preparación”.

El Supremo<sup>32</sup> corrobora este asunto en su FJ 2º estableciendo lo siguiente: *“los actos de su tenencia (se refiere a sustancias toxicas), en cuanto dirigidos a posteriores acciones típicas no iniciadas todavía, no son ejecución imperfecta de un acto típico, sino menos [sic] actos preparatorios que resultan en principio impunes, si no fuera porque han sido tipificados como un delito autónomo en el art. 371 del Código Penal que recoge el llamado “tráfico de precursores”, adelantando la respuesta penal a actos meramente preparatorios”* .

Para que se entienda mejor, voy a tomar de ejemplo el *delito de terrorismo* contemplado en el artículo 573 del CP<sup>33</sup> ubicado en el Capítulo VII de “*las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*”, sección 2ª “*de los delitos de terrorismo*” . En este caso siendo España un país que ha sufrido durante muchos años los efectos catastróficos de este delito, nuestro sistema judicial ha sido cada vez más implacable tanto en el plano de endurecimiento de la

---

32 STS N° 711/2010 Sala de lo Penal, Sección 1ª de 23 junio. Esta sentencia confirma la SAP N.º 39/2009 de 9 de diciembre, Sección 1ª de Albacete. Se condenó al acusado como autor de delito contra la salud pública.

33 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE»núm.281, de 24/11/1995)- Artículo 573.1 “Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades : 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.2.ª Alterar gravemente la paz pública.3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. 2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis [...].

penas aplicables a otros delitos que guardan vinculación con este<sup>34</sup> (asesinatos, secuestros etc) como a los como a los autores, anticipando además la intervención del *ius puniendi*. Esto último significa que son también objeto de enjuiciamiento aquellas conductas, que a pesar de encontrarse lejos del comienzo de la fase de ejecución , aporten un incremento en la peligrosidad. En efecto se aprecia como se castiga en el artículo 574 del CP el mero *depósito de armas, tenencia de sustancias o materiales explosivos (incendiarios o asfixiantes) fabricación, transporte o suministro, colocación [...]*. Además a través de la reforma del CP practicada por la LO 2/2015<sup>35</sup> en materia de terrorismo se introdujo en el artículo 575 la sanción del adiestramiento o adoctrinamiento pasivo. Aquí se castiga quien recibe dichas instrucciones, conocimientos adoctrinadores y entrenamientos que tengan como ánimo el condicionar para que después se pase a la fase de ejecución. Es un claro ejemplo de cómo adquieren relevancia jurídica dichas actuaciones preparatorias<sup>36</sup>.

Otro artículo que el legislador por ejemplo elevó a delito autónomo, es el 510 del Código Penal<sup>37</sup>, cuya versión fue reformada en 2015. Dicho artículo hace referencia a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, y decía así: “*los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía*”.

Se trata de un delito de peligro abstracto que permite una anticipación de la tutela penal, y que sanciona todos aquellos comportamientos que atenten contra la dignidad o bien de alguno de los grupos protegidos por el precepto, o bien de cualquier individuo perteneciente a ellos, siempre que el ataque contra la dignidad de este último traiga causa precisamente de su

---

34 Se refiere a delitos que hayan sido realizados dentro de las organizaciones terroristas.

35 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Dicha LO entró en vigor el día 1 de julio de 2015 (Disposición final tercera).

36 GALÁN MUÑOZ Alfonso, (2016). “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código Penal de la LO 2/2015”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. Madrid: Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), n.º 15, p. 95 a 138, disponible en <https://login.bucm.idm.oclc.org/login?url=https://www-proquest-com.bucm.idm.oclc.org/scholarly-journals/leyes-que-matan-ideas-frente-las-personas/docview/1892122127/se-2?accountid=14514>

37 Título XXI “*Delitos contra la Constitución*”, Capítulo IV “*De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*”, Sección 1.º “*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*”.

pertenencia al grupo. Se aprecia odio cuando se emana un desprecio a la dignidad que todo ser humano posee por el simple hecho de serlo<sup>38</sup>.

En cuanto a la estructura de dicho artículo, este se compone en primer lugar de un tipo básico (Art.510.1 CP<sup>39</sup>) que a su vez se divide en tres apartados: el apartado a) cuya conducta es castigada por el fomento e incitación directa e indirecta al odio, hostilidad discriminación y violencia de forma pública; seguidamente el apartado b) sanciona aquellas actitudes que mediante “*escritos o cualquier otra clase de material o soportes*<sup>40</sup>” resulten ser eficaces para que produzcan los sentimientos de odio, hostilidad, discriminación y violencia dañando así la dignidad personal; por último, el apartado c) manifiesta la sanción de conductas que nieguen, enaltezcan o trivialicen los delitos de genocidio y lesa humanidad o contra personas o bienes jurídicos en caso de conflicto armado.

En segundo lugar se encuentran dos conductas típicas atenuadas (Art.510.2 CP) que supone por un lado el menoscabo de la dignidad del sujeto pasivo mediante acciones que lleven a la puesta en peligro de la misma y humillaciones graves (Art.510.2 CP<sup>41</sup>) y por otro el enaltecimiento o justificación pública de delitos contra el sujeto pasivo o de quienes hayan participado en la materialización del mismo.

Por último se concretan dos conductas típicas agravadas comunes aplicables a los primeros apartados del 510. El apartado tercero (510.3 CP) recoge la agravación de la pena en su mitad superior cuando se emplee Internet, cualquier otro medio tecnológico o de comunicación social (como podrían ser hoy las redes sociales) que sea alcanzable por un número elevado de sujetos es decir, que tenga un poder de difusión de gran magnitud. El segundo tipo agravado común es el expresado en el apartado cuarto (510.4 CP) cuando lo que se pretende lograr es “*alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los miembros de un determinado grupo*”<sup>42</sup>.

---

38 Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. BOE» núm. 124, de 24 de mayo de 2019, páginas 55655 a 55695, Referencia:BOE-A-2019-7771, disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771).

39 La pena abstracta que impone la normativa penal es de pena de prisión de no a cuatro años y multa de seis a doce meses.

40 Se castigan conductas como la elaboración, distribución y difusión a terceros.

41 La pena abstracta que contempla el CP es de pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses.

42 RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ Samuel. (2014) “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), nº12, p. 165-232, disponible en: <https://search-proquest-com.bucm.idm.oclc.org/publication/1596355>.

Analizando este delito se puede apreciar que “discurso de odio” en su vertiente jurídico-penal se enfoca en el objetivo que trata de lograr el *mensaje difundido públicamente*, es decir, incitar a otros sujetos para que efectúen “*actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra determinados colectivo*”, por lo que se trata de un delito basado en las “*diferencias*”, “*perjuicios*” y “*animadversión*” hacia colectivos concretos que generalmente se efectúan por medio de maniobras tácticas de términos y medios de todo tipo (simbología, audiovisuales etc.) que lo convierten en una herramienta idónea para difamar y expandir odio, provocando un peligro en nuestro sistema democrático.

En este supuesto también se valoran en que *contexto* se realiza el discurso, la *capacidad del sujeto activo* que emplea el discurso para incitar a los demás, la *firmeza del lenguaje* para determinar si es lo suficientemente eficaz y provocador, que el *medio* utilizado pueda llegar a provocar una reacción inmediata y por ultimo los *receptores* del mensaje<sup>43</sup>.

Como último ejemplo de anticipación de la intervención penal es el artículo 368 del CP que recoge el *delito de tráfico de drogas*<sup>44</sup>. En este supuesto se tipifican conductas preparatorias que faciliten el consumo ilícito de drogas tóxicas, es decir: acto de cultivo, elaboración, posesión y tráfico de las sustancias estupefacientes, sustancias psicotrópicas. Puede calificarse también como actos preparatorios la fabricación, la distribución y el comercio de instrumentos o sustancias que se encuentran recogidas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas<sup>45</sup>

---

43 CÁMARA ARROYO Sergio, (2017). “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, [en línea]. España: Editores Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es/>) Boletín Oficial del Estado, BOE (<http://www.boe.es>). Tomo 70, págs. 139-225, ISSN 0210-3001, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930585>

44 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE»núm.281, de 24/11/1995) Capítulo III “*De los delitos contra la salud pública*”, sección 5º.

45 ALONSO RIMO Alberto, (2017). “¿Impunidad de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”. *Revista InDret* [en línea]. Barcelona: Editorial Universitat Pompeu Fabra, nº4, p. 79, disponible en <https://indret.com/impunidad-general-de-los-actos-preparatorios-la-expansion-de-los-delitos-de-preparacion/>.

La STS Nº. 2114/2002 de 18 diciembre<sup>46</sup> sobre tenencia preordenada al tráfico de drogas, manifiesta en su FJ 2º que *“Del mismo modo que tampoco puede admitirse el argumento de la falta de posesión de la droga ya que ésta se encontraba, sin duda, a su disposición, puesto que él tenía en su poder las llaves que posibilitaban el acceso a la misma, debiendo, además, ser considerada ya conducta incurso en la descripción típica del artículo 368 del Código Penal la llevada a cabo para la obtención de tales envíos de cocaína, como actividad dirigida a la facilitación del tráfico de la droga”.*

En resumen, esta anticipación de la tutela penal de la que he hablado anteriormente, va más allá de lo que permite aquel principio penal donde solo se puede castigar como delito la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico digno de protección.

Esta anticipación de la tutela penal no se enfoca solamente en aquellos acontecimientos donde se efectúa un daño real, sino que también se contempla la capacidad lesiva ex ante del bien jurídico merecedor de protección.

Si analizamos esta anticipación desde un punto de vista subjetivo del injusto, cuyo fundamento es la *voluntad manifestada contraria a la norma*, no se podría hablar de anticipación penal si la intención se exterioriza (pues estaríamos en la fase de ejecución a través de la materialización del tipo ) y carecería de toda relevancia la peligrosidad de la conducta. Únicamente ha de lugar la anticipación penal cuando la voluntad no es expresa.

Cuando estamos ante la presencia de un acto de *preparación* cuyo objetivo es lograr exclusivamente las condiciones que se precisan para comenzar la ejecución del delito en términos de facilitar, posibilitar y asegurar , este todavía no merece recibir un “escarmiento” desde le punto de vista penal, pues no se aprecia una relación de ofensividad con los bienes jurídicos: simplemente facilita una actividad ilícita, pero por si solo no puede desembocar de forma directa a la violación del bien jurídico; requiere siempre otra acción a la que sirve de apoyo. La anticipación de la barrera de protección penal hasta la fase preparatoria puede considerarse no solamente como la única modalidad eficiente de proteger los bienes jurídicos sino también una forma de proporcionar seguridad a la sociedad.

---

<sup>46</sup>El acusado fue condenado en primera instancia por el Juzgado de Instrucción número 1 de Segovia que instruyó Diligencias Previas y posteriormente fue elevada a la AP de Segovia donde se le condenó como autor de delito de tráfico de drogas por la SAP de esta localidad en fecha 17-04-2001; resolución que fue recurrida en casación (Recurso de Casación núm. 1945/2001) . El acusado fue detenido saliendo de una oficina de correos de la localidad de Segovia tras haber recogido correspondencia. En el momento de la detención las autoridades encontraron en el interior del vehículo del inculcado veintiún llaves, correspondientes a otros tantos apartados de correos ubicadas en distintas localidades madrileñas y castellanas confirmándose hallazgos de cocaína en estas oficinas de Correos.

En definitiva: la antelación de la barrera de protección penal se enfoca en la peligrosidad del comportamiento y dentro del análisis del *iter criminis*, ayuda a entender en qué estadio se encuentra la conducta ilícita dentro de este procedimiento en lo que concierne la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico protegido<sup>47</sup>.

#### **4.2.2.2 Tipología de actos preparatorios punibles: *conspiración, proposición, provocación y apología.***

Como adelantaba en el apartado anterior, nuestro Derecho Penal determina como regla general que los actos preparatorios sean impunes pero en cambio, sí describe y sanciona en la Parte General del texto normativo de 1995 (CP), los siguientes *actos preparatorios generales*: la conspiración y proposición (ambos ubicados en el mismo artículo 17 pero en apartados diferentes) y la provocación junto a la apología en el artículo 18.

Un factor muy importante a tener en consideración, es que estas figuras recogidas por el legislador en los preceptos 17 y 18 del CP, no dan inicio a la ejecución del tipo y así lo manifiesta la STS Penal N.º 440/2006 de 7 de abril en su FJ 4º declarando que al igual que los actos preparatorios, *“quedan fuera de la ejecución o materialización del delito ya que no afectan al núcleo del tipo”*. Esta sentencia también recalca una vez más la regla básica de impunidad de estas resoluciones a no ser que de *forma expresa los prevea la Ley*.

La STS N.º 1078/2012 de 8 de noviembre de 2012 en su FJ 3º apartado segundo,<sup>48</sup> además de compartir el mismo pensamiento, hace una matización a nivel conceptual muy relevante y es que estas tres formulas se conocen en la doctrina y jurisprudencia bajo la categoría de las «resoluciones manifestadas de voluntad».

Lo que motiva la sanción de las resoluciones manifestadas es el peligro que supone para el bien jurídico la intervención de una pluralidad de sujetos en la comisión de una determinada conducta contraria a derecho de tal manera que en esta fase intermedia estamos ante modalidades anticipadas de codelincuencia,<sup>49</sup>.

47 FUENTES OSORIO Juan L. (2006). “Formas de anticipación de la tutela penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] España: Editorial Universidad de Granada, nº8, p. 08:1-08:40, disponible <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>.

48 STS N.º 1078/2012 Sala de lo Penal, Sección 1º, FJ 3º apartado segundo *“tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios. Tanto respecto de los actos preparatorios como de las resoluciones manifestadas rige la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarán estas últimas cuando de forma expresa los prevea la Ley*.

49 MIR PUIG Santiago, (2016). “Derecho Penal parte general”, 10ªed, Barcelona, Editorial Reppertor, p.350,



Como dije anteriormente, al ser estos actos preparatorios asociados únicamente a determinados delitos, es de relevante importancia destacar que nuestro texto normativo penal impone la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente; se toma de referencia el delito base.

Los delitos a lo que hago referencia en los que se castigan la conspiración, proposición y provocación son:

- Homicidio y sus formas: preceptos del 138 a 140 CP.
- Lesiones: art. 174 a 150 del CP.
- Detenciones ilegales y secuestros: art.163 a 167 del CP.
- Trata de seres humanos: art.177 bis CP.
- Robo: art. 237 a 242 CP, extorsión: art. 243 CP, estafa: art. 248 a 251 CP y apropiación indebida: art 253 y art. 254 CP y blanqueo de capitales: artículos 301 a 303 CP.
- Tráfico ilegal de drogas artículos 368 a 372 CP.
- Delitos contra la Administración pública: art. 404 a 444 del CP.
- Delito de sedición: art. 544 a 547 CP.
- Delito de rebelión: art.472 a 475 CP (en este supuesto también se añade la inhabilitación), delito contra la Corona: art.485 a 487 CP, delitos de asociación ilícita: art.515 a 518 CP.
- Delitos de atentado contra autoridad, sus agentes y funcionarios publicos, y de resistencia y desobediencia: art. 550 y n551 CP.
- Delito de traición: art. 581 a 584 CP.

Ahora seguirá la explicación más detallada de cada una de las resoluciones manifestadas de voluntad, empezando por la conspiración, proposición y por último la provocación junto con la apología.

### **Conspiración:**

Lo primero que cabe resaltar es el marco jurídico de la conspiración que se encuentra regulada en el artículo 17.1 del Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre) de la siguiente manera:

*La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas<sup>50</sup>.*

Esta resolución manifestada de la voluntad se sitúa entre la ideación criminal (que carece de relevancia jurídica al encontrarse dentro del fuero interno del sujeto) y las llamadas *formas imperfectas de ejecución*, por eso la conspiración *al posicionarse en esta fase, tiene naturaleza de acto preparatorio*. En palabras de la STS N°234/2017 de 4 de abril, la conspiración “a que se refiere el art. 17 del Código Penal, tipifica las doctrinalmente llamadas resoluciones manifestadas de voluntad que tienen en común con los actos preparatorios el que no contienen un principio de ejecución, por lo que se encuentran en un estadio anterior a la tentativa, vertebrándose tales resoluciones manifestadas por la existencia de un concierto de voluntades de varios en orden a la ejecución de un delito”.

Al encontrarse en una colocación previa a la tentativa, es importante que la conspiración no derive en una verdadera realización del tipo, pues en ese supuesto, pasaríamos directamente a la fase de ejecución ya sea como tentativa o consumación del delito. Así se expresa por ejemplo la STS N°454/2015 de 10 de julio de 2015<sup>51</sup> en su FJ 7º afirmando que “se trata de una fase del ‘iter criminis’ anterior a la ejecución entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas,[...] en todo caso es incompatible con la iniciativa ejecutiva material del delito, que supondría la presencia en grado de coautores o cómplices de un delito intentado o consumado” . Asimismo se pronuncia la STS N.º 714/2018 de 16 de enero: “existirá conspiración cuando dos o más personas se concierten para la ejecución de uno de los delitos de tráfico de drogas y resuelvan ejecutarlo, teniendo la voluntad y la aptitud para llevar a cabo el delito[...]No obstante, la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación de la ejecución material del delito. Tal infracción desaparece y se disipa como forma punible sancionable cuando el hecho concertado pasa a vías ulteriores de realización, cualquiera que estas sean, ya que entonces esas ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser estos puestos en marcha”(FJ11)<sup>52</sup>.

50 El artículo 17 del Código Penal se encuentra dentro del Título I del Libro I. Concretamente en el Capítulo I, relacionado con los delitos.

51 En esta sentencia el TS declara haber lugar parcialmente a algunos de los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de fecha 26 de junio de 2014, dictada por la AP de Barcelona, Sección Séptima, absolviendo a unos recurrentes del delito de tenencia ilícita de armas y a otro del de pertenencia a grupo criminal.

52 En este ultimo supuesto planteado, los acusados fueron condenados por delitos de trafico de droga y cohecho .En esta clase de delitos las tareas de concertación del tráfico o entrega de las sustancias estupefacientes marcan el comienzo del proceso consumativo. Los delitos contra la salud pública son de peligro abstracto o de mera actividad por lo que

Sobre este aspecto es necesario hacer una apreciación a nivel de denominación, es que cuando se habla de conspiración, esta se conoce también como *delito de pura intención*, como advierte la STS N°1129/2001 de 18 de junio,<sup>53</sup> exigiéndose que no se haya iniciado el delito principal.

La conspiración también viene llamada como delito mediato.

En relación a la conducta que se lleva a cabo, tomo de referencia la STS N°886/2007 de 2 de noviembre,<sup>54</sup> pues su FJ 6º nos define los elementos clave que configuran la conspiración según la doctrina científica y jurisprudencial. Los prepuestos para que se pueda apreciar la existencia de conspiración son:

1. La existencia de una *decisión conjunta por parte de varios sujetos* en la ejecución de un delito: “*resolutio finis*” (de manera que se habla de una especie de coautoría anticipada),
2. *Una orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo, cuyo castigo ha de estar previsto en la Ley de forma expresa (art. 17-3 CP).*
3. *Una actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.* Por ello se puede afirmar que el objeto del acuerdo es la ejecución del delito.
4. *Viabilidad del proyecto.*
5. Que el *pactum scaeleris* (concierto previo) sea solido y adquiera la firmeza que precisa<sup>55</sup>. La conspiración se define como una *progresión en un grado de la ideación que requiere el concierto de voluntades serio y real para que se ejecute el delito.*

---

sus efectos sobre el bien jurídico protegido se anticipan al momento en que existe la posibilidad de disponer de la droga aunque materialmente no se la posea . Y la actividad de facilitación del consumo ilícito de sustancias estupefacientes no requiere para entenderse consumada que haya tenido efectiva realización.

53 Así lo define la STS N°1129/2002 de 18 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1º en su FJ5º al relatar las características de la conspiración: “ *Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución*”. Esta STS confirma la SAP de Albacete (Sección 1º) N°23/2001 de 14 de julio que condenó a los acusados como autor de un delito de tráfico de drogas consumado a uno y al otro como conspirador para cometer el mismo delito.

54 Esta sentencia del Supremo confirmó la SAN de la Sala de lo Penal, sección 1º núm. 3/2007 de 2 febrero. La sentencia de la AN condenó al acusado como autor de un delito de pertenencia a banda armada y le absolvió del delito de conspiración o proposición para cometer delitos de terrorismo. El acusado a pesar de encontrarse en la cárcel, pudo seguir manteniendo el contacto vía carta con la cúpula de la organización sita en Francia dirigiendo las acciones que se debían realizar y la manera. El TS manifestó que no existió ni conspiración ni proposición, y desde luego, remitiéndonos a lo ya dicho respecto al otro recurrente, el acusado no tenía poder de decisión en la banda, sino que era un sicario o mero ejecutor perteneciente a la misma que cumplía estrictamente las órdenes de la dirección.

Otra característica sumamente importante que se refleja en la jurisprudencia del TS es que la conspiración posee naturaleza *híbrida*. Como bien recoge la STS N° 149/2017 de 9 de marzo de 2017, esto viene a significar que la conspiración es un delito considerado en múltiples ocasiones como un *delito de dinámica propia* pero que no deja de estar vinculado a otro definido como delito principal (*subordinado o dependiente del delito principal*).

Esta subordinación que acabo de mencionar también se manifiesta en el momento de la imposición de la pena. En palabras de esta sentencia, “*la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real*”, dando a entender que a la conspiración, cuyo objetivo es la ejecución del delito se le impondrá una pena en función de aquella prevista para el delito principal para el que haya habido lugar previamente el concierto de voluntades<sup>56</sup>.

Cuando se habla de conspiración, en la jurisprudencia se hace referencia a un “*concierto de voluntades*” en términos de acuerdo o pacto, que obviamente no hay que confundir con un mero intercambio de opiniones. Por la descripción que nos ofrece el CP, se pronostica que todos van a intervenir en la comisión del delito. Un ejemplo de ello es la STS N°144/2018 de 22 de marzo,<sup>57</sup> que aclara en su FJ 9º que la jurisprudencia en muchos de sus veredictos, declara que la *resolución o decisión* de ejecutar el delito pactado tiene que ser *firme, seria, real y definitiva*. Además, es doctrina constante que los conspiradores han de *desarrollar una actividad precisa y concreta*, que se manifieste en una realidad material y tangible, *y que ponga de relieve la voluntad conjunta de delinquir dirigida hacia la ejecución de un hecho concreto*<sup>58</sup>.

El Tribunal Supremo en este caso, absolvió a una de las acusadas de la conspiración para la comisión de los delitos imputados por la AP, pues entendió que por parte de esta no hubo un consentimiento firme en ejecutar el delito, poniendo a ejercer la prostitución a la víctima

---

55 BARJA DE QUIROGA Jacobo, GRANADOS PÉREZ Carlos, MARTÍNEZ ARRIETA Andrés, MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO Cristina, VILLEGAS GARCÍA Mª DE LOS ÁNGELES. (2019) *Código Penal-comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*, 17ªed, A Coruña, Editorial Colex SL, p. 70.

56 FJ9º “El artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la “*ejecución de un delito*” y, de otra, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito “matriz”)”

57 Esta sentencia casa en parte la SAP de Lleida (Sección 1ª) Sentencia núm. 212/2017 de 30 mayo. El Juzgado de Instrucción número 1 de Lérida instruyó por delito de trata de seres humanos, prostitución y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros contra los acusados y lo remitió después a la Audiencia Provincial de Lérida. La denunciante de origen nigeriano llegó a Europa con la ayuda de uno de los acusados quien mediante engaño le aseguró que iba a trabajar en una tienda para pagar los gastos del viaje cuando en realidad iba a ser explotada sexualmente en Francia y posteriormente fue trasladada a España para que continuara ejerciendo la prostitución.

58 STS N.º556/2006 de 31 mayo, FJ 10º.

extranjera, sino que “*en el factum se describe únicamente que la acusada mostró interés en quedarse con la joven nigeriana a cambio de 8.000 euros para dedicarla la prostitución. Sin embargo, es indiscutible que el mostrar interés no es lo mismo que quedarse con ella para destinarla a la prostitución, sino meramente “estar interesada” en una proposición que se le hacía para estipular un concierto. De tal forma que de ello, a decidir aceptar el concierto, todavía queda un buen trecho (hay distancia entre interés en una propuesta y la decisión de aceptarla)*”. La jurisprudencia de esta Sala del TS entiende por tanto que falta una pieza fundamental para que se pueda hablar de conspiración como tal.

El tema de la conspiración puede resultar bastante controvertido al existir determinadas posturas e interpretaciones dentro de la doctrina.

Muy importante es mencionar el artículo 28 del CP sobre el concepto de autor<sup>59</sup> y dependiendo de la postura que se adopte, el concepto de conspirador cambia.

El análisis de la autoría conlleva al mismo tiempo el estudio de la participación en el acto delictivo. Hay que tener presente que la conducta del partícipe<sup>60</sup> es diferente a la del autor principal cuyo comportamiento se subsume en el tipo descrito en el CP.

En lo que concierne el concepto de coautoría, esta se relaciona al *hecho* y los matices que la caracterizan son: *acuerdo previo* y la exigencia de que *cada uno de los sujetos autores realicen una aportación* sin necesidad de que todos actúen en la misma secuencia temporal: todos los coautores deben tener el *dominio funcional del hecho* para que encaje en la expresión “*conjuntamente*” recogida en el artículo 28<sup>61</sup>.

Como advierte la jurisprudencia de la Sala en la STS Penal N°813/2009<sup>62</sup> y según el criterio de la doctrina, la coautoría por dominio funcional del hecho se aprecia *cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito*.

---

59 Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, *conjuntamente* o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

60 En palabras de participación criminal como conjunto de personas que intervienen de uno u otra forma en la comisión del delito, y a la pena que les impone en función de su intervención en el hecho ilícito.

61 QUINTERO OLIVARES Gonzalo, (2018). “Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* [en línea] España: Editores Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es/>) Boletín Oficial del Estado, BOE (<http://www.boe.es>), Tomo 71, p. 75 a 89, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930648>.

62 Esta sentencia casa en parte la SAP de Madrid N°309/2008 de 9 de junio

*Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo<sup>63</sup> de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo<sup>64</sup>. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo<sup>65</sup> con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.*

*En cuanto a la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a esta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.*

*Además, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del co-dominio funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.*

*Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando este ya esté consumado.*

*Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún [sic] no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.*

---

63 Lo he subrayado yo.

64 Lo he subrayado yo.

65 Lo he subrayado yo.

*La realización conjunta del hecho solo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen*<sup>66</sup>.

Una parte de la doctrina se apoya en lo que dice el artículo 17.1 del CP en sentido literal, donde todos los conspiradores que se reúnen, no solo deciden firmemente en la realización del delito, sino que son ellos mismos quienes tengan que materializarlo en fase de ejecución.

Se entiende por tanto, en esta primera postura, que no es suficiente la voluntad seria y decidida<sup>67</sup>. Esto es lo que define a la conspiración como supuesto de *coautoría anticipada*, entendida como *conjunto de futuros coautores*, excluyendo toda participación que no desemboque en coejecución del tipo.

Por otro lado, hay otro sector que tiene una visión (en mi opinión) mas amplia de lo que viene plasmado en la ley en cuanto a la futura actuación o intervención de los conspiradores. Me refiero a que, para esta corriente, no se precisa, en la figura de los conspiradores, la obligación de que sean ellos mismos quienes lleven a cabo la conducta ilícita, sino que simplemente es necesario que *influyan de forma decisiva en la adopción de la resolución de cometer un delito* a pesar de que la materialización como tal, lo efectúe un tercero. Yo entiendo por tanto que lo crucial de este pensamiento, es la aceptación y voluntad de ejecutar el delito.

Tampoco se puede valorar que estemos ante la conspiración cuando quien ejecute el delito es una persona ajena al pactum scaeleris (es decir un sujeto tercero).

Si nos posicionamos en el sentido literal de la definición de conspiración y teniendo en cuenta la definición formal de autor que incluye también tanto los cooperadores necesarios (art 28 párrafo segundo apartado a), como los que inducen a otros para la materialización de un delito (art.28 párrafo segundo apartado b), se expulsaría la figura del cómplice a la hora de valorar la conspiración.

Si se mantiene una opinión más abierta sobre la definición de conspiración, donde únicamente es necesario acordar la ejecución del delito programado (aunque sea solo uno de ellos quien lo cometa o se encargue a un tercero), todos tendrán la calificación de conspiradores abarcando también la figura del cooperador no necesario<sup>68</sup>.

---

66 FJ 2º STS 813/2009.

67 Es la postura que yo he visto que mantienen en su gran mayoría las sentencias del TS.

68 RAMÓN RIBAS Eduardo, (2004), "La conspiración para delinquir Comentario a la STS 791/1998, de 13 de noviembre (RJ Aranzadi 8962) Recurso de casación 973/1997-P, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 1.ª) de 4-2-1997". Revista de Derecho Penal y Criminología "[en línea]. Madrid: Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho, 2º época, nº 13, páginas 353-390, disponible en

Resumiendo: quienes vinculan el concepto de *autoría* con el de *ejecución de la conducta ilícita*, solo tendrán la consideración de conspiradores quienes posean la intención de cometer acciones ejecutivas del tipo del injusto. En este supuesto, no pueden ser castigados quienes no tengan la voluntad de ejecutar el tipo y tampoco quienes cuya aportación no sea imprescindible ex ante. Aquí no tienen cabida ni los meros cooperadores necesarios ni los que inducen de forma ineficaz.

La figura de la conspiración abarca también aquellas *invitaciones privadas* cuyo resultado derive en un pacto criminal cerrado y concretado para la ejecución de la conducta delictiva. Sobre este aspecto cabe hacer una apreciación, pues teniendo en cuenta el concepto de conspiración, no se trata de una invitación *a cometer un delito*, sino de un pacto, aunque cierto es que este acuerdo deriva de una invitación de parte de uno o algunos miembros del grupo.

Sobre la conspiración entendido como acuerdo de codelincuencia han habido muchas interpretaciones. En efecto parece que también se integran aquellas incitaciones por parte de quien actúa como *participe* o cuyo rol a desempeñar va a ser el de *participe* siempre y cuando se acepte y se llegue a un acuerdo.

En asuntos de responsabilidad responderán tanto el sujeto que planteó la invitación como todos aquellos quienes quisieron agregarse y consintieron la materialización del hecho ilícito. Teniendo en cuenta los elementos de la conspiración, no se puede penar a quien no tenga intención de ejecutar *el tipo* ni tampoco aquellos pactos donde se establezca la intervención como cómplice o cooperador necesario.<sup>69</sup>

A tenor del concepto de conspiración entendido como especie de coautoría anticipada, tenemos al sujeto *ejecutor*, siendo los demás (dentro del acuerdo pactado) *partícipes* de la futura ejecución del delito. También puede serlo quien *invita* a otras personas para que se conviertan en coautores o el mismo invitado siempre que medie la aceptación o muestre disposición en serlo.

La STS N°120/2009 de 9 de febrero de 2009 en su FJ1º resalta de manera clara como la jurisprudencia considera la conspiración como “*forma singular de coautoría anticipada*

---

<http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-13-5110>.

69 ALASTUEY DOBÓN, Carmen, (2019). “La invitación interpersonal a delinquir como acto preparatorio punible 1”. Revista de Derecho Penal y Criminología” [en línea]. Madrid: Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED, numero 21, p. 59 a 104, disponible en: <https://login.bucm.idm.oclc.org/login?url=https://www-proquest-com.bucm.idm.oclc.org/scholarly-journals/la-invitación-interpersonal-delinquir-como-acto/docview/2404652334/se-2?accountid=14514>.



*determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del pactum scaeleris o concierto previo, y la resolución firme o decisión seria de ejecución". Esta resolución del Supremo se adentra también en el ámbito subjetivo determinando que el dolo del conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto cuyos elementos han de ser captados por aquél.*

Al encontrarnos por tanto ante una figura que requiere la intervención de diversos sujetos que *crean vínculos o relaciones fácticas de obligatoriedad reforzando sus voluntades*, preocupa fuertemente al Derecho Penal en lo que se refiere a la salvaguardia del bien jurídico, pues existen mayores probabilidades de que el menoscabo se llegue a producir.

La existencia de una implicación efectiva en querer cometer un acto ilícito exteriorizando su voluntad delictiva por parte de una pluralidad de sujetos, es lo que otorga mas peligrosidad adelantando las barreras de protección ante la presencia de una conspiración.

### **Proposición**

La figura de la proposición es otra manifestación externa de la voluntad que permite facilitar la materialización posterior y efectiva del hecho delictivo, siendo esta una condición apta para la anticipación de la tutela penal.

Al igual que la conspiración contemplada en el mismo artículo en el apartado primero, solamente será castigada cuando esté expresamente previsto en la Ley, conforme prevé el art. 17.3 CP.

Con ello, la proposición como tal conducta, carece en principio de castigo, siendo solamente punible en relación con supuestos concretos. Se justifican plenamente la previsión legal y el castigo para esta clase de conductas en los casos de atentados contra los más importantes bienes jurídicos y, por ende, más dignos de intensa protección.

En aquellos casos en los que se sanciona a nivel penal la proposición, es porque el fundamento primordial de su castigo tiene su arraigo en el "*peligro objetivo*" que supone para el bien jurídico protegido la invitación de quien propone, mediante la captación de la voluntad ajena, de un sujeto tercero. Han lugar por ende, tanto un *desvalor de la acción* en el momento en el que se comunica la decisión delictiva (ideación inicial) a otros sujetos con la finalidad de que

se materialice, como un *desvalor del resultado* traducido como riesgo para el bien jurídico protegido por el derecho<sup>70</sup>.

Entrando más en detalle, la proposición se encuentra regulada en el apartado segundo del artículo 17 del CP (art 17.2) de la siguiente manera: “*La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas **a participar**<sup>71</sup> en él*”.

Sobre esta definición que nos brinda el Código Penal, es imprescindible hacer mención sobre la reforma que operó en 2015 (LO 1/2015 de 30 de marzo), que modificó el CP siendo el contenido de este precepto, objeto de uno de los muchos cambios, pues el concepto de proposición no era como lo conocemos hoy en día.

Esta variación en lo que respecta el contenido es meramente terminológica. Antes de la reforma, la proposición para delinquir se conocía como aquella invitación hecha a otra persona (o más) de parte de un sujeto que había resuelto previamente cometer un delito para que lo *ejecutara*: dicho de otra forma, la antigua redacción se apoyaba en la idea de una “*invitación a ejecutar*”,<sup>72</sup> mientras que con la nueva modificación se sustituye el término “ejecutar” por “*participar*” en el hecho delictivo.

De esta sustitución de términos que provocó en su día la LO 1/2015 de 30 de marzo, surgen ciertas cuestiones acerca de la palabra “participar”: ¿Qué abarca este nuevo concepto?

Ante esta pregunta, resulta muy obvio que tiene un significado mucho más amplio respecto de la vieja redacción. Desde una perspectiva más rigurosa del término, pueden ser incluidas en el mismo saco las invitaciones a inducir y aquellas que convierten al tercero en un cooperador necesario o no necesario sin que hubiera cabida ninguna forma de autoría.

La expresión “participar” si se interpreta como forma de “intervenir” en el comportamiento ilícito que se quiere exteriorizar, podría abarcar la autoría, la cooperación (quien invita puede

---

70 MUÑAGORRI LAGUIA Ignacio. (1989) “Punición o despenalización de la proposición para delinquir”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* [en línea] España: Editorial Ministerio de Justicia (BOE), tomo 42, p. 989-1020, disponible en <file:///C:/Users/Utente/Downloads/Dialnet-PunicionODespenalizacionDeLaProposicionParaDelinqu-46357.pdf>.

71 La negrita y el subrayado son míos.

72 Antigua redacción del artículo 17.2 CP antes de la reforma: “*La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo*”.

reservarse un rol de ejecutor y buscar cooperadores necesarios o no necesarios), la complicidad. La persona que invita puede reservarse o no un rol en la ejecución del delito<sup>73</sup>.

En palabras de la STS N.º 1113/2003 de 25 de julio,<sup>74</sup> en lo que concierne las condiciones que deben concurrir para que estemos ante una proposición para delinquir, se destaca la conducta que debe consistir en una *propuesta o invitación*. Esta sentencia, al ser anterior a la reforma, pretendía al igual que todas las resoluciones previas al 2015, que fuera “*una propuesta o invitación a tercera persona que, hasta ese momento no hubiera decidido ya, por sí [sic] misma, la ejecución del mismo ilícito, para que lo lleve a cabo, conjuntamente con el proponente o en sustitución de este*”.

Para que haya relevancia a efectos jurídicos, esta invitación (proposición) debe tener como requisitos básicos los siguientes *eficacia* (proposición eficaz) y *existencia de una resolución* (decisión) previa sobre la materialización del hecho delictivo de parte del proponente (o proponentes que realizan la invitación a participar) sin perjuicio de la decisión del tercero a quien se le hace la invitación a participar es decir, si acepta o no la proposición<sup>75</sup>.

La STS N.º 825/2016 de 3 de noviembre de 2016<sup>76</sup>, por lo tanto post reforma del artículo 17.2, señala con más detenimiento que los requisitos que deben concurrir son: “*a) existencia de una previsión legal expresa del delito objeto de la propuesta; b) que esta se dirija a una persona que hasta ese momento no hubiera decidido por sí misma ejecutar el delito; c) que la propuesta se refiera a la realización de una acción criminal posible y esté dotada de una seriedad que la haga creíble. Además, no es necesaria la aceptación de aquella por el destinatario*”.

---

73 BARBER BURUSCO Soledad, (2018). *Actos preparatorios punibles* EN: LUZÓN PEÑA Diego M (dir). “*Derecho Penal en casos, Parte General estudio analítico práctico*” Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p.351 a 363.

74 Esta sentencia casa la SAP de Almería N.º 226/2002 de 25 de octubre.

75 AGUILAR CÁRCELES Marta María, (2015). “*Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesita- da de especial protección*”. EN: MORILLAS CUEVA Lorenzo (dir). “*Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Organicas 1/2015 y 2/2015)*”, 1.º ed, Madrid: Editorial Dykinson SL, p.53 a 72

76 Esta sentencia confirma la SAP de las Islas Baleares 141/2015 de 29 de septiembre. Se condenó al acusado de autor responsable de dos delitos de proposición para el asesinato de su ex pareja y la pareja actual de ella. Le ofreció al tercero una determinada suma de dinero y una cantidad de marihuana para que este cometiera el delito. En este caso, la persona a la que se le hizo tal proposición, fingió allí mismo aceptar el ofrecimiento y, por otro lado, alarmado por lo que pudiera finalmente ocurrir ante tal ofrecimiento, ya que en fechas recientes el procesado ya le había hecho ofrecimientos similares para romper los frenos y los vehículos de los ofendidos, y para darles una paliza, se dirigió al día siguiente para prevenirles de lo acontecido y dirigiéndose seguidamente los tres ante las autoridades.

Otros factores a tener en cuenta sobre las características que posee esta invitación, en la misma dirección, la STS N.º 308/2014 de 24 de marzo, manifiesta que debe ser *precisa, concreta, convincente y persuasiva* a la par de *seria*. Es evidente, no obstante, que esa propuesta ha de referirse a algo posible y ser lo suficientemente eficaz para que adquiriera la relevancia penal necesaria. De esto último se desprende que se realiza un análisis de la adecuación de la invitación y se genera un peligro manifiesto para el bien jurídico protegido.

Un ejemplo de ello es la STS N.º 9/2018 de 18 de enero de 2017 que confirma la SAP de Madrid n.º 335/2016 de 27 de mayo, donde se puede apreciar el estudio de la invitación a delinquir. El FJ decimoquinto de la primera sentencia, expresa que no concurre “*el elemento de la seriedad que el tipo delictivo de proposición de asesinato exige*” por lo que faltarían las condiciones imprescindibles de verosimilitud, seriedad y eficacia<sup>77</sup>.

Para concluir, se entiende que la proposición ahora no precisa que la persona a la que se le realiza la invitación, efectúe la conducta que el proponente quiere realizar y que no se haya dado comienzo a la ejecución ya que estaríamos en la categoría de la tentativa o delito consumado. Además se trata de una invitación concreta y privada, pues de ser aceptada por el tercero que recibe la invitación, la proposición se convierte en conspiración, pues habría un acuerdo entre dos o más sujetos para la comisión de un delito resolviendo su correlativa ejecución<sup>78</sup>.

### **3.Provocación y apología**

<sup>77</sup> En este caso a la acusada se le imputaron delito de asesinato en grado de tentativa y proposición de asesinato y lesiones. Debido al elevado nivel obsesión que padecía la acusada por el marido de la ofendida, había concebido tanto la idea delictiva como su correspondiente resolución de acabar con la vida de esta, puesto que la consideraba un obstáculo para lograr su objetivo. A pesar de encontrarse en la cárcel, seguía con su intención inicial manteniendo contacto vía carta con gente del exterior proponiéndole acabar con la vida de la ofendida e incluso con una reclusa que conoció en prisión. El FJ8º de la sentencia de la SAP de Madrid, relata que “*parecía ya estar decantada por una idea eterna, que era la misma que inspiró todo su quehacer y su misma existencia en los últimos meses: acabar con la vida de la esposa de Gregorio , creyendo que de este modo podría hacer realidad un amor. No podemos ignorar que en este Centro Penitenciario no estaba recibiendo tratamiento médico adecuado a su patología psiquiátrica (estaban suministrándole medicamentos para la depresión, que incluso la interna tiraba con frecuencia). En su estado, parece que ya a cualquier persona con quien llegase a adquirir un mínimo de confianza terminaba proponiéndole el mismo encargo, sin valorar siquiera la viabilidad real de esta repetida iniciativa. De hecho, Bernarda no la tomó en serio (aunque se aprovechó sin escrúpulos económicamente del estado anímico deplorable en que se hallaba Andrea ).*

*A diferencia de la seriedad que rodeaba las circunstancias de los dos episodios anteriores en los que Andrea pretendía la contratación de alguien que acabase con la vida de Macarena , no encontramos en esta relación con Bernarda más que lo que ya parecía haberse convertido en una rutina, y por lo tanto consideramos que este tercer hecho imputado no alcanza los requisitos de verosimilitud, seriedad y eficacia que se exigen para que nos situemos ante la acción típica de la proposición para el asesinato según ha quedado configurada en las citas jurisprudenciales anteriormente trascritas”.*

<sup>78</sup> En mi opinión creo que es estas figuras para que se puedan diferenciar, es fundamental que se definan muy bien los roles que van a desempeñar cada uno dentro del hecho delictivo.

El artículo 18.1 del CP recoge la última resolución manifestada de la voluntad: la provocación y la apología en su párrafo segundo.

La provocación se convierte en relevante desde el punto de vista penal sancionador “*cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*”.

Ahondando en el contenido del precepto, se aprecia perfectamente cuál es la clave para que se pueda hablar de provocación para la comisión del delito. Por un lado, es necesario que la incitación posea una *gran potencia difusora e intensa* y por otro, que el sujeto provocador no tenga intención de cometer el delito por sí mismo sino que a través de la incitación, llegue a ser captado el mensaje y asumido por personas indeterminadas (destinatarios).

En mi opinión resulta necesario diferenciar esta figura jurídica de la conspiración y proposición. En la conspiración, como expliqué en su momento, al ser considerada “coautoría anticipada” por una parte de la doctrina, se requiere que haya un grupo de dos o más personas que, además de decidir entre todos la comisión de un hecho delictivo, pretendan participar en su materialización. Ello le diferencia de la proposición y la provocación, que a su vez se diferencian en que, en la primera, el sujeto activo *invita* a otra persona a participar en el hecho delictivo, mientras que en la segunda (el caso que nos ocupa) el sujeto provocador *incita* a la comisión de un determinado hecho delictivo. Además, en la proposición para delinquir el sujeto tercero es una persona determinada mientras que el destinatario del mensaje en la provocación es un grupo indeterminado de personas<sup>79</sup>.

Al igual que la conspiración y proposición también se aplica a la provocación el “*principio de persecución reglado*” lo que significa es que se limita su castigo para delitos concretos marcados en la Ley como bien recoge el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal<sup>80</sup>.

Con respecto a la estructura de la provocación, el primer punto a analizar es la conducta que se lleva a cabo mediante la *incitación*. Este tipo de comportamiento por parte del sujeto provocador tiene como objetivo *impulsar la comisión y consumación de un hecho delictivo legalmente previsto*.

---

79AGUDO FERNÁNDEZ Enrique, JAÉN VALLEJO Manuel, PERRINO PÉREZ Angel Luis. (2020) *Derecho Penal aplicado parte general*, 1º ed, Madrid, Editorial: Cuneip, paginas 258 y 259, ISBN: 9788418455018.

80 Artículo 18.2 CP “*La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea*”

La incitación se puede llegar a manifestar por *medios interpersonales o masivos*, como puede ser la imprenta o radiodifusión, provocando en los destinatarios una estimulación a nivel psicológico que desemboque en la perpetración del delito. Este mensaje puede ser transmitido a través de cualquier *medio excitante o palabra* sin perjuicio de que la finalidad perseguida por el provocador se logre, es decir, con independencia de que quien recibe la incitación cometa posteriormente el delito.

Un factor muy importante es que dicha incitación a la comisión de un delito concreto no puede ser una llamada *genérica* a la materialización del delito, es decir, no es suficiente una mera incitación, por lo que deberá ser:

- idónea
- eficaz
- intensa
- indudable fuerza difusora y de convencimiento<sup>81</sup>.

La STS N°259/2011 de 12 de abril de 2011<sup>82</sup> sirve de apoyo para aclarar los requisitos de la provocación. Los tres acusados (condenados por la AP de Barcelona) realizaron las siguientes conductas: el *primero*, propietario de una librería, procede a la distribución y venta de material cuya temática se fundamenta en la exculpación de los delitos cometidos en la Segunda Guerra Mundial y apoyo al régimen nazi, incitación al exterminio del pueblo judío, restauración de regímenes totalitarios, publicaciones que fomentan la discriminación de homosexuales, personas de “raza” negra y “dementes”. La difusión de estas publicaciones se realizó con plena conciencia de ello e intención de generar un estado de opinión favorable al nazismo, por ser seguidor del régimen nacional socialista.

El *segundo* resulta ser autor de artículos con connotaciones de desprecio hacia los inmigrantes: “*El mestizaje provocado por la brutal invasión de inmigrantes procedentes de África, Asia, etc., etc., está juntamente a la baja, muy baja natalidad de los blancos en Europa. [...]Pero sí hay que hacer en su día repatriaciones de inmigrantes, hacer una política de higiene*”

81 CAMPO MORENO Juan Carlos, (2000). *Los actos preparatorios punibles*, Valencia, Editorial: Tirant Lo Blanch, p. 55 a 59.

82 Esta sentencia trata de “*delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la constitución*”. El TS en este caso absolvió a los 3 acusados condenados por la AP de Barcelona como autores de delito de difusión de ideas genocidas, de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución y de un delito de asociación ilícita. No obstante el carácter absolutorio de la STS, existe un voto particular que apoya en su totalidad lo argumentado por la SAP de Barcelona núm. 892/2009 de 7 octubre.

*racial prohibiendo los matrimonios mixtos con otras razas, habrá que hacer un generoso apoyo a las familias para apoyar la natalidad para preservar una raza que está muriendo". "Nuestra raza se muere". Se declara probado que el acusado se pronunció de forma despectiva sobre el mismo asunto en un acto.*

El *tercer* acusado es autor de un libro de carácter negacionista sobre el exterminio de los judíos: *"Hasta bien entrada la guerra el NS no persiguió ni encarceló a ningún judío por el mero hecho de serlo..."; que "Todos los judíos que lo desearon pudieron salir de la Alemania NS sin ningún problema"; que en modo alguno "...el Nacional Socialismo ordenó, permitió ni toleró el exterminio masivo de judíos" y que rechazamos pues totalmente la acusación de voluntad de exterminio [...]Queremos una acción racista estatal que impida la reproducción de taras genéticas". "Tanto la secta que fomente la virginidad como aquellos que fomentan el homosexualismo, todos ellos son un peligro para la raza y una sana sexualidad "*

Los delitos que se traen a colación en este caso son los recogidos en los artículos 615 y 510 del CP, reconociendo ambos la sanción de la provocación. Para que exista provocación, la jurisprudencia dice que deben darse los siguientes requisitos: *a) La iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada; b) Percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes; c) Que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento". Es necesaria, por lo tanto, una mínima determinación del delito a cuya comisión se provoca.* En relación a la exigencia de concreción de los hechos para que puedan ser constitutivos de delito, tiene aún más relevancia en el supuesto de provocación en los delitos de odio, pues como ya expuse al principio de la exposición, el Derecho Penal no castiga la mera existencia de sentimientos o emociones al pertenecer a la fase interna del *iter criminis*. Básicamente nos dice la STS que ante este tipo de delito es imprescindible que la incitación sea directa para la materialización de hechos concretos para que pueda apreciarse la discriminación, odio y violencia hacia determinados colectivos.

Otro aspecto muy importante dentro de la figura de la provocación es que no se contempla el desistimiento, aunque en realidad cabe resaltar que se trata de una institución que a nivel general no encaja dentro de los actos preparatorios punibles por una razón muy sencilla que a continuación expondré.

La clave se encuentra en la colocación del desistimiento y la de los actos preparatorios punibles dentro del *iter criminis*.

El Derecho Penal en su parte general posiciona la figura del desistimiento (como se verá más adelante) dentro de la fase de ejecución, siendo requisito imprescindible para su apreciación que la ejecución esté ya iniciada, permitiendo la impunidad de aquellas acciones encauzadas a la realización del tipo del injusto en la fase de tentativa. Por el contrario, como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, los actos preparatorios punibles se encuentran en un estadio previo a la comisión del hecho delictivo dentro del proceso del *iter criminis*, es decir, se castigan fases preparatorias que conducen a la realización. Aún no se ha materializado el tipo, sino que el delito se encuentra “*gestando*”. Justo por este motivo no es correcto admitir el desistimiento en supuestos de actos preparatorios punibles.

No obstante, aunque el desistimiento como tal no se prevea, lo que sí se puede admitir es el *arrepentimiento del provocador* siendo necesario por su parte, una vez haya incitado a la comisión de un delito, lanzar una contraorden inmediata. Al igual que el mensaje de incitación, este arrepentimiento debe transmitirse con rotundidad suficiente para volver a recuperar las riendas y el control de la situación.

El provocador debe realizar todo lo posible y utilizar todos los medios que posea a su alcance para impedir la materialización del delito concreto para que pueda “*estimarse que la no actuación criminosa de las personas a quienes se provocó ha sido debida al hecho de haberlas disuadido*”.

Dicho de otra manera, se le exige al provocador una conducta de “*signo y efectos contrarios*”, queriendo decir con esto que al igual que ha sido capaz en un primer momento de “*persuadir*” al destinatario del mensaje para que cometiera un hecho delictivo, también tiene que “*disuadirlo*” de forma eficiente para que este abandone la voluntad de delinquir y no materialice actos ejecutivos. Lo que se busca es “*neutralizar*” el riesgo creado, que desaparezca.

Aunque los esfuerzos del provocador para aquietar las masas no se lleguen a producir, siempre y cuando este haya efectuado una conducta contraria a la incitación de forma eficaz, se puede aceptar la exención de responsabilidad penal<sup>83</sup>.

Toca mencionar ahora uno de los aspectos más esenciales que reviste este acto preparatorio punible: que sucede si el delito llega a perpetrarse.

El artículo 18.2 del CP en su párrafo segundo nos da respuesta a esta cuestión: “*Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción*”.

---

83PÉREZ FERRER Fátima, (2008). *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, 1ªed, Madrid, Editorial: Dykinson, p. 387 y ss.



Cuando estamos ante un caso de provocación, he recalcado que quien provoca no pretende intervenir en la materialización del delito a través de actos ejecutivos (por lo que queda al margen), sino que hace aflorar la idea de delinquir, siempre que el mensaje lanzado sea asumido, por receptores indeterminados. Si quien recibe manifiesta al mundo exterior actos de naturaleza ejecutiva, estamos ante la figura de inducción y ya nos adentraríamos en la temática de la autoría ubicada en los artículos 27 y 28 del CP.

La inducción se encuentra mencionada en el artículo 28 párrafo segundo letra a) del CP: *"También serán considerados autores: Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo"*.

Esta influencia decisiva que ejerce el inductor se vincula a la materialización de un delito en determinado, debiendo este estar concretado en sus "rasgos más generales" y se dirige a una persona que será quien lleve a cabo la ejecución material de la acción lesiva del bien jurídico dejando a su libre albedrío los aspectos más concretos del delito (el autor ya es quien decide que hacer y como).

En palabras de la STS N.º 515/2019 de 29 de octubre de 2019, expresa en su FJ 2º que para considerar la existencia de inducción, uno de los pilares básicos es la *incitación directa al ejecutor material para que éste se mentalice y asuma realizar lo que le dice el inductor*; debe de haber un *influjo psíquico* o dicho de otra forma, debe concurrir lo que se conoce como *"causalidad psíquicamente actuada"* entendido como *"mover a una persona a que ejecute un hecho delictivo concreto y ello aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido"*.

La sentencia que acabo de mencionar remite a su vez a la STS N.º 813/2008 de 2 de diciembre, que describe perfectamente el perfil del sujeto inductor y del comportamiento que realiza. Relata cómo el inductor es aquella persona que *"provoca que otra adopte una resolución de voluntad para llevar a cabo una acción típica antijurídica **que no** tenía previsto realizar"*.

Lo que quiere expresar esta sentencia es que la actuación final del inducido es debida a los *"mecanismos psíquicos"* manejados por el inductor, incidiendo de forma decisiva en la convicción personal del sujeto al que se dirige.

Debido al comportamiento intencional del inductor, el sujeto inducido que adopta y desarrolla la idea criminal será quien decide y domina la comisión del delito; ejecuta su propia voluntad actuando desde la plena libertad ("voluntad libre"). El inductor dominará el nacimiento de la voluntad delictiva en quien se convertirá autor del hecho.

Cierto es que si bien es el inducido quien comete el acto delictivo, hay que reconocer que el resultado se da gracias al inductor a través de su persuasión a nivel psicológico “influyendo sobre el comienzo de la cadena causal que desemboca en el resultado”; por ende, de faltar este requisito, el hecho típico no hubiera cobrado forma.

Obviamente hay que subrayar que de no ejecutar el hecho delictivo no se puede castigar al inductor al no quedar constancia de la existencia de un acto típico, salvo aquellos casos que puedan ajustarse a supuestos de proposición y provocación (como es el caso que nos concierne en este trabajo)<sup>84</sup>.

Otra cosa que diferencia la inducción de la provocación son los destinatarios. En la inducción vemos como la acción inductiva (eficaz) va dirigida directamente a una persona en concreto, de forma singular mientras que en la provocación los destinatarios son indeterminados.

El carácter indeterminado y plural de los destinatarios es lo que proporciona peligrosidad a la provocación pues se produce una pérdida de control de la situación.

Siguiendo con el análisis del artículo 18 del CP, junto a la provocación el legislador en su redacción va más allá y regula en el párrafo segundo el concepto de apología de la siguiente manera: *“Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.”*

La doctrina declara que la apología será sancionada penalmente *“con carácter general”* siempre y cuando al manifestarse, se ajuste a los requisitos exigidos en el primer párrafo del artículo 18 CP, por lo que tiene que revestir naturaleza incitadora. Dicho esto, lo que se pretende decir es que para que la apología resulte punible no valen los meros elogios sin naturaleza incitadora característica de la provocación punible. Carecería de tipicidad.

A diferencia de la provocación, cuya conducta contiene una incitación directa de parte del sujeto activo a la comisión de un delito, el mensaje que pretende hacer llegar a los destinatarios en la figura de la apología se considera *“llamada encubierta”*, de naturaleza indirecta a la materialización del delito a través de la abalanza y ensalzamiento de un hecho delictivo que ya se ha llevado a cabo por sus autores.

---

84 CUELLO CONTRERAS Joaquín, (2009). *El Derecho Penal Español- Parte General volumen II Teoría del delito*, 1ªed, Editorial: Dykinson S.L., p. 290 y ss.

Las manifestaciones apologéticas en virtud del artículo 18 del CP de por sí no conllevan una sanción, pues la incitación que se realiza mediante el elogio del delito o autores del mismo no reviste carácter expreso.

El asunto cambia cuando, junto a la exposición de ideas o doctrina, se añade una llamada expresa a que se cometa un hecho delictivo y, de resultar ser así, se castigará como provocación punible, estando por lo tanto dentro del marco de la provocación sancionable. Dicho lo cual si al discurso difundido le acompaña la realización delictiva, el sujeto apologeta tendrá la condición de inductor.

Dada la naturaleza más “leve” e implícita, la apología aparenta ser menos amenazante para los bienes jurídicos objeto de protección en comparación con la provocación. Esto quiere decir que la apología aun siendo una declaración de ideas o doctrinas que elogian el crimen o autores, no posee un carácter tan directo y expreso como aquel que caracteriza la provocación.

No obstante lo relatado, ello no es óbice para que, por medio del ensalzamiento del delito o autor, no sea posible la difusión de un mensaje provocador, sino que al ser más “*mediato*” supondría un peligro menos evidente en correspondencia a la realización de un hecho típico<sup>85</sup>.

Sobre el concepto y naturaleza de la apología ha habido choque de opiniones, pues nuestro Código penal, al colocarla en la Parte General, más concretamente en el artículo 18, le otorga la condición de acto preparatorio entendida como modalidad de provocación, situándose en la fase previa a la autoría y participación. En cambio, un sector de la doctrina mantiene una postura diferente, separando la figura de la apología como acto preparatorio punible, del concepto de apología como delito autónomo. En efecto, hay delitos dentro de la Parte Especial que regulan comportamientos de provocación y apología que poseen un tipo del injusto totalmente diferente al recogido por el artículo 18 del CP.

Lo que se pretende decir es que al contener un tipo del injusto propio, no sigue los requisitos exigidos por la Parte General (art. 18 CP) de ahí que haya supuestos en los que se considera la apología como delito autónomo. Esta diferenciación entre apología como delito autónomo y apología punible, siempre y cuando revista modalidad de provocación (artículo 18), se ve de forma clara en los delitos de enaltecimiento del odio (art. 510.1 b) y apología del terrorismo (art.578).

---

85 RIMO ALONSO Alberto, 2010. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [EN LINEA]. España: Editorial: UNED, nº4, p.13-80, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3439297>

La apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible mientras que cuando se trata de un delito autónomo, existe más flexibilidad en lo que concierne la configuración de la conducta pues se admite la incitación indirecta que puede contener un discurso enaltecedor.

La valoración de la apología como delito autónomo puede considerarse como otro cauce sancionador de la apología.

Esta forma más amplia de castigar la apología delictiva que nada tiene que ver con la genérica del artículo 18 del CP, se integra en la “*moderna Política Criminal expansionista del Derecho penal*”, en el ámbito de la delincuencia de opinión<sup>86</sup>.

Para que sea aún más esclarecedor el asunto sobre la diferencia conceptual entre apología genérica y apología como delito autónomo, es mi intención usar de referencia el delito de enaltecimiento al terrorismo expresado en el artículo 578 del CP.

La STS N.º 812/2011 de 21 de julio, muestra dichas diferencias.

En su FJ 1º subraya la *substantividad propia, distinta y diferente* (del art.578 CP) de la apología strictu sensu del art. 18 CP” pues la apología genérica del artículo 18, pide una “*invitación directa a cometer un delito concreto y solo entonces será punible*”. La misma sentencia sigue relatando que en cambio, el artículo 578 sobre el enaltecimiento “*constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron* [...] “*el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP*”.

Otro factor que recalca esta sentencia marcando la diferencia entre apología en términos de acto preparatorio (art.18 CP) y apología como delito autónomo, es la pena impuesta.

En el primer caso, se prevé a nivel general dentro de los actos preparatorios, una reducción en uno o dos grados a la pena prevista para el delito que se pretende castigar mientras que para el delito de enaltecimiento al terrorismo, nuestra normativa penal impone una pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 18 meses. En palabras de la sentencia, existe una “*respuesta*

---

86 BERNAL DEL CASTILLO Jesus, 2017. “Actos preparatorios y provocación al terrorismo”. *Cuadernos de Política Criminal* [EN LINEA]. España: Editorial Dykinson, nº112, p. 5-46, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/477268>.

*punitiva que es también autónoma e independiente [...]las acciones que aquí se penalizan (se refiere a las acciones del 578), con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del CP”<sup>87</sup>.*

En el caso del enaltecimiento, al no ser obligatoria una provocación directa, se adelantará la tutela penal cuando se aprecie una “*justificación genérica*” ya sea de los actos terroristas o de quienes los llevaron a cabo<sup>88</sup>.

La apología del terrorismo pretende legitimar no solo la acción delictiva sino también la estrategia de los propios grupos armados, suponiendo una aprobación de conductas consideradas antijurídicas. La conducta será atípica cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con pena concretamente ejecutadas, sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes<sup>89</sup>.

Este artículo fue incorporado por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

La motivación de su introducción fue la siguiente: “*La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.*

*Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.*

---

87 La STS N°224/2010 de 3 de marzo en su FJ 3º también destaca cómo el enaltecimiento constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica.

88 AGUDO FERNÁNDEZ Enrique, JAÉN VALLEJO Manuel, PERRINO PÉREZ Ángel Luis, (2016). *El terrorismo en el siglo XXI: la respuesta penal en el escenario mundial*, 1ªed, Editorial: Dykinson SL, p.171.

89 STS N.º 1365/1994 de 4 de julio FJ UNICO.

*No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal.<sup>90</sup>*

Esta modificación tiene como objetivo flexibilizar el castigo de las actitudes apologéticas al terrorismo sin necesidad de permanecer anclados únicamente en lo establecido con carácter general en el artículo 18 del CP.

Un sector de la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de una posible colisión entre la apología y el Derecho Fundamental de libertades ideológicas y de expresión recogidas en nuestra Norma Suprema (CE)<sup>91</sup>. Desde esta perspectiva, se piensa que la tipificación de estos delitos de opinión como el 578 sobre la apología del terrorismo) o el 510.1 c) que recoge la apología al genocidio, constituyen una invasión ilegítima dentro del marco de los Derechos Fundamentales en aquellos supuestos en los que se castigan ideas o pensamientos que carecen de naturaleza directa e incitadora a la comisión de un hecho delictivo. Lo que quiero expresar es que hay ocasiones donde se realizan manifestaciones que no contienen un *animus* provocador, por lo que quedarían amparadas por libertades y derechos constitucionalmente reconocidos: simplemente es dar una opinión propia proyectada en el ámbito de la libertad de expresión, la libertad ideológica, la libertad de cátedra o incluso la libertad religiosa.

Recordemos que la libertad de expresión es un Derecho Fundamental inalienable e inherente a toda persona siendo además un requisito necesario para que exista una correcta sociedad democrática. Este derecho pretende abrigar todo tipo de idea, opinión o juicio de valor a través de cualquier medio, sin perder de vista determinados límites para preservar el orden público.

Analizando este derecho, se hallan complicaciones en lo que concierne la valoración del contenido de dichas ideas u opiniones, pues no todo queda resguardado por el Derecho de

---

90 Publicado en «BOE» núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, páginas 45503 a 45508. Punto tercero de la Exposición de motivos.

91 Artículos 16 de la CE sobre libertad ideológica y 20.1 de la CE que recoge la libertad de expresión.

libertad de expresión y menos cuando se tratan de ideas u opiniones que descansan en la exaltación de acciones consideradas delictivas. Esto tiene su razón de ser en la negativa del sistema jurídico-constitucional español en amparar actuaciones que vulneren Derechos Fundamentales (este caso, la libertad y seguridad de las personas integrantes de un Estado democrático de Derecho). Hay que entender que uno de los límites de carácter genérico es que subsista el orden público y no puede tolerarse bajo ningún concepto vejaciones, humillaciones o conductas que vulneren los derechos de terceros, los cuales son también un límite al ejercicio de los derechos fundamentales.

En definitiva, no todo es admisible en aras de salvaguardar el derecho reconocido en el artículo 20.1 de la CE<sup>92</sup>.

Para un mejor entendimiento sobre el Derecho a la libertad de expresión trasladándolo al ámbito de la apología (delito autónomo), es buen ejemplo, el ya mencionado en otras ocasiones, artículo 510 del Código Penal<sup>93</sup>.

Si bien es cierto que nada impide el “derecho a odiar”, pues como apunté al principio de este trabajo, *“Cogitationis poenam nemo patitur”* (el pensamiento no delinque), cabe recordar que tampoco los sentimientos son sancionables porque pertenecen al fuero interno del sujeto. Ahora bien, la manifestación de tal sentimiento comportaría una transición desde la libertad de opinión al estadio de la libertad de expresión y es ahí cuando surgen posibles roces con derechos de terceros.

La limitación de este derecho entra en juego cuando el mero sentimiento o emoción se transforma en manifestación. El *quid* de la cuestión se fundamenta en que el discurso de odio no deja de ser una acción lesiva de bienes jurídicos donde de manera dolosa se pretende provocar la discriminación, conllevando una extralimitación del Derecho a la libertad de expresión; la intencionalidad es la línea que separa el correcto empleo del derecho de expresarse con libertad y el abuso del mismo <sup>94</sup>.

---

92 MACÍAS JARA María. (2016) “Libertad de expresión versus apología del terrorismo. Aspectos y límites constitucionales”. EN: SUÁREZ VILLEGAS Carlos, GUADARRAMA RICO Luis Alfonso y GONZÁLEZ JIMENEZ M<sup>o</sup> del Mar. “Libro de Actas del III Congreso Internacional de Ética de la Comunicación. Desafíos éticos de la comunicación en la Era digital”, Madrid: Editorial: Dykinson, p. 79-91.

93 Artículo creado tras la reforma penal que hubo lugar el 1 de julio de 2015. Se produce una desvinculación clara entre este delito y la provocación en términos de acto preparatorio del 18.1 CP.

94 VALIENTE MARTÍNEZ Francisco. (2020) *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, 1<sup>o</sup> de, Madrid, Editorial: Dykinson, p.286.

Es importante saber que cuando existe tensión entre esta tipología de delitos y el derecho a la libre expresión, la jurisprudencia opina que es necesario realizar un estudio pormenorizado cada vez que se presente este conflicto teniendo en cuenta todos los factores que componen el caso planteado<sup>95</sup>.

En conclusión, el delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al artículo 20 CE, sino la aprobación de comportamientos delictivos. Por consiguiente, hay que reconocer la existencia de conductas que pese a ser meras provocaciones o incitaciones sin llegar a su materialización mediante acciones directas, significan una puesta en peligro para los bienes jurídicos y que por tanto deben ser perseguidas por la ley.

Con la provocación y la apología terminaría la explicación individualizada sobre los actos punibles que adelantan la tutela penal.

---

95 Así lo expresa exactamente la STS N.º 106/2015 de 19 de febrero en su FJ 3º “ *la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, caso por caso , habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes , para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente en los casos de duda , ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática*”



## 5. FASE DE EJECUCIÓN

### 5.1 Diferencia entre actos preparatorios y actos de ejecución

La doctrina y la jurisprudencia se han esforzado por encontrar criterios que permitan distinguir los auténticos actos de ejecución de aquellos otros que, aun encaminados según el plan del autor hacia la finalidad delictiva pretendida, son todavía actos preparatorios mediante los que se asienta la posibilidad de comenzar la verdadera ejecución de la conducta típica que, en realidad, aún no se ha iniciado.

Si previamente en la explicación sobre los actos preparatorios de un futuro e hipotético delito no constituía un comienzo en la ejecución propia ni un peligro concreto para el bien jurídico situándose además, como bien expone la STS Penal N.º 361/2020 de 1 de julio<sup>96</sup> en su FJ 3º, *“en zonas más dudosas, que no serían punibles, de ser individualmente ejecutados, “es decir,” fuera de las previsiones relativas a la conspiración, proposición o provocación para delinquir de los artículos 17 y 18 del Código Penal”*, cuando se trata de “actos ejecutivos” nos referimos al inicio, principio o comienzo de la realización de la conducta típica correspondiente comportando, ahora sí, un peligro para el bien jurídico protegido.

En relación con esto último la STS N.º 428/2016 de 19 de mayo<sup>97</sup> advierte como los actos ejecutivos son aquellos que aquellos que *“suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico [sic] con ella [...] y se hace mención a la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida”*.

Ahora bien, no es tan sencillo pues se han elaborado determinadas teorías que ayuden a diferenciar ambos tipos de actos y son las siguientes:

- *Teoría subjetiva* cuyo fundamento es la “voluntad contraria a la norma” del autor. El elemento esencial de esta teoría, es la ideación del plan delictivo por parte del autor. No

---

96 Esta sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo confirma la STSJ N°73/2019 de 26 de Noviembre. En este supuesto el acusado fue condenado por un delito de asesinato consumado, otro en grado de tentativa y por tenencia ilícita de armas.

97 Esta sentencia declara haber lugar a uno de los recursos de casación que se habían interpuesto contra la SAP de Girona en fecha 15 de abril de 2015 por delitos de robo con violencia e intimidación y uso de arma en grado de tentativa.

es es relevante la ejecución en sí. Se basa en el dolo del autor. Claro es que esta teoría no facilita mucho la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución.

- *Teoría formal:* El núcleo central de esta teoría es la descripción que hace la normativa penal de la acción típica. La ejecución del hecho delictivo se apreciará cuando se materialicen elementos del tipo; únicamente tendrá consideración de acto ejecutivo cuando la conducta llevada a cabo por el autor, encaje en lo establecido por el legislador cuando trazó los términos que definen la acción típica en nuestro Código Penal. Lo relevante aquí según la jurisprudencia es atender a la relación entre el comportamiento típico y la realización del verbo nuclear del tipo que rige la figura delictiva p.ej : que medie engaño que pueda inducir a error en un delito de estafa. De lo contrario si hay actos que permanecen en una “zona periférica” sin que tengan como objetivo la ejecución del verbo típico rector y son encaminados exclusivamente a facilitar la ejecución, la clasificación que obtendrán será de preparatorios.
- *Teoría objetivo-material:* El *peligro* que sufre el bien jurídico es el punto de partida para poder diferenciar cuando estamos ante actos ejecutivos o cuando por lo contrario, son meros actos preparatorios. Cuanta más proximidad exista entre el riesgo de menoscabo derivado de la conducta del sujeto y el bien jurídico protegido, se advierte la presencia de actos ejecutivos; lo significativo es el criterio temporal que entra en juego ya que el comportamiento debe ser “*inmediatamente anterior a la acción total o parcial*”. Se valorará en cambio que estamos ante actos preparatorios cuando el peligro apenas se logre apreciar dada la lejanía con el bien jurídico, empleándose la regla general de impunidad de la que hablé anteriormente.
- *Teoría mixta u objetivo-subjetiva:* Esta teoría lo que pretende hacer es mezclar las dos anteriores teniendo en cuenta todos los elementos que componen el caso es decir: plan delictivo, si la conducta se amolda a lo establecido por la normativa penal y por último la apreciación del peligro y la correlativa inmediatez <sup>98</sup>. La STS N.º 234/2012 de 16 de marzo<sup>99</sup> manifiesta como la jurisprudencia ha optado por utilizar esta última teoría que acabo de nombrar para que sea más sencillo poder valorar con mejor exactitud los actos propiamente ejecutivos y aquellos que todavía no han superado el umbral del acto preparatorio. Esta misma sentencia desglosa también los requisitos que deben

---

98 GÓMEZ RIVERO M<sup>o</sup>del Carmen, MARTÍNEZ GONZÁLEZ M<sup>o</sup> Isabel, NÚÑEZ CASTAÑO Elena. (2019) *Nociones fundamentales de Derecho Penal Parte General*, 4<sup>ed</sup>, Madrid, Editorial: tecnos, p.337 y ss.

99 FJ 3º.

concurrir para que pueda considerarse iniciada la ejecución del un hecho delictivo y así los enumera: “1) que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir; 2) que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito; 3) y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal”.

En sentido similar se expresa la STS N.º1071/2003 de 7 de julio de 2003<sup>100</sup> tratando el delito de asesinato. La Sala entendió que se requiere una conducta *efectivamente encaminada, en concreto, a la realización de ese fin antijurídico, y dotada de potencial aptitud para alcanzarlo* y en este caso valoró que el hecho de ir con un arma cargada (siendo una herramienta idónea para poder ocasionar la muerte) y colocarse a una distancia corta respecto del sujeto pasivo, se puede considerar que ha habido un comienzo en la ejecución y que se ha puesto en peligro la vida o por lo menos la integridad física.

Dicho esto, los actos ejecutivos con carácter general son punibles en nuestro ordenamiento jurídico pues ya se ha exteriorizado la voluntad del sujeto. En la fase ejecutiva dos son los escenarios que pueden florecer: tentativa o consumación; pero sobre ello hablaré a continuación en los siguientes puntos.

## **5.2 Tentativa y desistimiento**

Dentro de la fase externa del *iter criminis* otro momento clave que la compone además de los actos preparatorios punibles, es la fase de ejecución.

Esta fase nace una vez que el sujeto activo cruza la frontera de los actos preparatorios punibles dando inicio a la ejecución de la conducta delictiva que será posteriormente penada.

---

100 FJ 3º: “Pues bien, el que recurre, armado con una pistola y ya con una bala en la recámara, había ocupado esa posición. Así, es claro que había llevado a cabo un segmento objetivable de la acción proyectada (de significación sin duda homicida), y claramente idóneo y funcional a la plena realización de la misma. Y, al hacerlo, había invadido de manera actual y efectiva el ámbito de seguridad del sujeto pasivo, generando un peligro grave y real para su vida”

El artículo 16.1 del Código Penal nos dice: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”<sup>101</sup>”.

La tentativa por lo tanto, da comienzo a la ejecución de la conducta delictiva pero no llega a adquirir la condición de consumación pues se suspende durante su desarrollo; es decir, “antes de que se haya completado la acción como típica”.

La doctrina estima que surge la tentativa cuando los actos ejecutivos “*penetran en la esfera propia del bien jurídico agredido*”.<sup>102</sup>

Para que pueda apreciarse tentativa se requiere en primer lugar que exista una decisión de cometer el delito vale decir, presencia de dolo por parte del autor para que se materialice el hecho típico. En segundo lugar es importante que la decisión de cometer una conducta ilícita, se convierta en una acción que suponga la iniciación de la ejecución del delito (“necesaria la transformación de la decisión en una acción que no solo sea preparatoria sino que constituya un comienzo de la ejecución propia del delito”). Este punto en concreto hace referencia a lo que establece el artículo 16 del CP pues los hechos exteriores deben implicar el comienzo de la ejecución y solo en ese momento habrá una vulneración de la normativa penal de lo contrario, estaremos ante actos preparatorios cuya diferenciación ya la hice en el apartado anterior.

En tercer lugar otro elemento fundamental es la presencia de un *mínimo de riesgo* para el bien jurídico protegido por el Derecho (“*la tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo de peligrosidad*”). Para que pueda confirmarse la punibilidad de la tentativa, es trascendental que la tentativa transmita una cierta peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico; basta con que en una perspectiva *ex ante*, la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico ante los ojos de un observador objetivo.

Por último debe darse la “*no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor*”<sup>103</sup>.

---

101 La tentativa se encuentra colocada dentro del CP en el Libro I: Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal Título I: De la infracción penal, Capítulo I: De los delitos.

102 FRANCO LOOR Eduardo, (2012). *Fundamentos de Derecho Penal moderno Tomo II*, 1ªed, Quito, Editorial: Corporación de estudios y publicaciones, p.399 y ss.

103 STS N°431/2019 de 1 de octubre, FJ 3º. En este caso concreto el delito en cuestión es el de estafa procesal cuyo sujeto pasivo engañado es el órgano judicial a quién a través de una maniobra procesal idónea, se la induce a seguir un procedimiento y/o dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictado. En este delito dice la Sala

Esto significa que el resultado deseado por el autor no se produce por causas ajenas a su voluntad pues se precisa que *el autor quiera la consumación del delito y que no la haya evitado* de lo contrario entraríamos en el ámbito del art. 16.2 CP sobre el que me pronunciaré más adelante.

De manera similar se manifiesta la STS N.º 671/2017 de 1 de octubre cuando describe la tentativa como la:

- *Realización de hechos exteriores que trascienden el fuero interno que implican el comienzo de directa ejecución de un supuesto típicamente penal buscado en el plan del autor y que supone un riesgo para el bien jurídico que pretende proteger el tipo penal.*
- *Que objetivamente estas actuaciones sean potencialmente causantes del resultado del tipo*
- *Que no se llegue a producir el resultado (consumación)*

Es interesante recordar como en nuestro ordenamiento jurídico existía anteriormente (más concretamente en el Código Penal de 1973) junto a la tentativa, la figura de la frustración delictiva<sup>104</sup>. Lo que diferenciaba la una de la otra es que la frustración, se refería a que el resultado deseado por el autor (consumación) no llegaba a lograrse no obstante realizara todos los actos ejecutivos. Actualmente tal distinción no se aprecia pues la frustración desapareció con el texto penal de 1995 quedando absorbido dentro de la tentativa como expresa la STS N.º 798/2006 de 14 de julio en su FJ 4º: *“En el vigente Código Penal, ha desaparecido –o por mejor decir, ha perdido sustantividad– la figura de la frustración que ha quedado englobada dentro de la tentativa –art. 16 [...] En general, esta Sala se ha hecho eco de la distinción doctrinal entre tentativa acabada y tentativa inacabada. La primera equivaldría a la antigua frustración en la que los actos de ejecución están completados”*<sup>105</sup>

Esto ultimo a lo que hace referencia esta sentencia, me ayuda a introducir las diferentes tipologías de tentativa presentes en nuestro Derecho Penal.

---

que hay tentativa cuando el engaño es descubierto por el Juez.

104 Art. 3 del Código Penal de 1973 Libro I Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas, Título I De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen la responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan, Capítulo I de los delitos y faltas: *“Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente”*.

105 Esta sentencia del TS confirma la SAP de Córdoba sección 1º núm. 351/2005 de 7 julio.

Cuando el Código Penal en el artículo 16 expresa en su contenido “todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado etc...” alude a lo que se conoce como *tentativa acabada* y *tentativa inacabada*. La STS N.º 359/2006 de 21 de marzo explica en su FJ 1º que “*la diferencia entre la tentativa acabada y la inacabada se determina de acuerdo con el plan del autor, de modo que la tentativa será acabada cuando el autor haya realizado, según su plan, todo lo necesario<sup>106</sup> para alcanzar su meta*”. En este caso el Tribunal valoró que existía tentativa *inacabada* pues “*le lleva a coincidir con la conclusión pretendida por el recurrente, de haberse quedado en los inicios de la acción<sup>107</sup>, y, por tanto, de ser adecuada la calificación de inacabada la tentativa*”.<sup>108</sup>

En la misma dirección se pronuncia la STS N.º 28/2009 de 23 enero que para “*determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada*”. Un ejemplo es la STS N.º 203/2009 de 2 de febrero<sup>109</sup> donde se consideró tentativa acabada en un caso de violación cuando el sujeto activo iba a penetrar a la víctima pero esta afortunadamente pudo evitarlo propiciándole una patada en los genitales logrando fugarse.

El Tribunal consideró que se habían dado las circunstancias necesarias para que se pudiera realizar la conducta ilícita es decir, la suficiente violencia pues la arrastró a la parte trasera del lugar para evitar ser visto, la tumbó en el suelo y comenzó a tocarla, cogiéndola del cuello, apretándola fuertemente y tirándola del pelo y por otro, la intención de llevar a cabo la violación a través de las siguientes frases “*aquí es donde te voy a follar*” “*te follo o te mato*”.

---

106 Lo subrayado es mío.

107 Lo subrayado es mío.

108 Esta sentencia trata de un delito de agresión sexual donde el sujeto activo intimidó a una mujer en ascensor con navaja procurando que se bajase los pantalones. Se consideró tentativa inacabada ante la resistencia de víctima y porque en otro ascensor se hallaba un vecino, motivó la huida del acusado que no llegó a bajarse sus pantalones, sólo tocó el pubis de la mujer por encima de la ropa.

109 FJ 2º y FJ 3º.

Además de la tentativa acabada e inacabada, otra diferenciación de la cual es preciso hacer mención, es entre *tentativa idónea* y *tentativa inidónea*.

Por tentativa inidónea hace referencia a la inidoneidad de objeto, del sujeto o de los medios que no permiten llegar a la consumación del delito intentado porque desde un primero momento no suponían un peligro para el bien jurídico protegido. Hace referencia a supuestos donde el resultado no se llega a dar ya sea porque los medios que se han querido emplear no son lo suficiente para ello, cuando falten en el autor las condiciones especiales requeridas en el tipo o falte cualquier elemento del tipo objetivo<sup>110</sup>. Es un tipo de tentativa que no posee la capacidad de poner en riesgo el bien jurídico protegido o que los instrumentos empleados por el autor no sirven para que se materialice el resultado.

No obstante, el ordenamiento jurídico no la exime de ser castigada por la ley como establece por ejemplo el Acuerdo adoptado en Sala General del Pleno de la Sala Segunda del TS, en su reunión de 25 de abril de 2012 al discutir la punibilidad de la tentativa inidónea de homicidio en relación a la inidoneidad del medio a través del uso de pistola sin munición. El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico. Sobre la punibilidad de la tentativa inidonea, MIR PUIG por ejemplo posee un punto de vista mas objetivo al respecto. Su perspectiva descansa en su percepción del Derecho que tiene un deber sancionador de conductas que suponen un peligro *ex ante* de manera que *“para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera parecido capaz de consumir el delito”*.<sup>111</sup>

Por último, es importante abordar la cuestión de la punibilidad de la tentativa.

Dos son los artículos clave que se vinculan de forma estrecha con la punibilidad de la tentativa: por un lado el artículo 15 del CP establece lo siguiente: *“Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.”* y por el otro, el artículo 62 del CP que establece como a los autores de tentativa de delito *“se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.”*

---

110 MIR PUIG Santiago, (2016). *Derecho Penal Parte General*, 10ªed, Madrid, Editorial:Reppertor, p. 355 y ss.

111 MIR PUIG Santiago, (2016). *Derecho Penal Parte General*, 10ªed, Madrid, Editorial:Reppertor, p. 356.

Lo que viene a decir el artículo 62 del CP es que cuando se imponga una pena, es importante diferenciar entre los distintos grados de ejecución. La STS N.º 701/2015 de 6 de noviembre<sup>112</sup> explica *“que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante es atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento”*.

Este precepto no solo tiene en cuenta para la determinación de la pena legalmente procedente "el grado de ejecución alcanzado", sino también el "peligro inherente al intento", peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta.

En esta sentencia se recalca también que en supuestos de tentativa inacabada, no siempre tiene que imponerse la pena inferior en dos grados ya que independientemente de la naturaleza inacabada de la tentativa, hay casos en los que se ha logrado un grado de ejecución avanzado y que la puesta en peligro para el bien jurídico protegido sea especialmente relevante. Por tanto se reconoce una cierta flexibilidad de decisión por parte de los jueces en el actual art. 62 en la medida en que, en principio, pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados a cualquier forma de tentativa, independientemente de si es una tentativa acabada o inacabada.

Así mismo se expresa la STS N.º 56/2018 de 1 de febrero de 2018<sup>113</sup> a través de una minuciosa explicación sobre la punibilidad de la tentativa y que se entiende por “peligro inherente”. El FJ undécimo nos dice lo siguiente: *“La doctrina ha destacado que en realidad el*

---

112 En esta sentencia se valoró la existencia de tentativa inacabada porque aunque el acusado llegó a lanzar la botella incendiaria, el artefacto no alcanzó a la víctima, ni ésta resultó con quemaduras por la expansión del fuego, por lo que considera la Sala que ante un supuesto de tentativa inacabada procede la rebaja en dos grados de la pena prevista para el delito consumado. Tirar una botella incendiaria, un verdadero "cóctel molotov", llena de gasolina con la mecha encendida, contra un grupo de personas que se encontraban durmiendo en un parque, con ánimo de matar, al menos, a una de ellas, y provocar un incendio quemando la manta y las ropas de uno de los durmientes, ocasiona un peligro de proporciones muy relevantes. La gasolina, al extenderse, podría haber provocado no solo el fallecimiento de la víctima sino también la muerte o graves quemaduras a una pluralidad de personas. Y es sabido que este tipo de instrumento incendiario tiene una potencial peligrosidad extrema.

113 Esta sentencia recalca como es la estimación de la pena pues hay ocasiones en las que el grado de peligro puede ser suficiente para reducir la pena sólo en un grado aunque no se hayan ejecutado por el autor todos los actos que integran la conducta delictiva, y nos hallemos por tanto ante una tentativa inacabada. Podría también darse el supuesto a la inversa de que la conducta estuviera totalmente acabada según el plan proyectado por el autor y que, sin embargo, su grado de peligro para el bien jurídico no tuviera la entidad suficiente (supuestos de tentativa inidónea) para reducir la pena sólo en un grado y que, por consiguiente, lo proporcionado fuera reducir la pena en dos grados a pesar de hallarnos ante una tentativa acabada. En este caso concreto el acusado agredió con gran violencia y reiteradamente a su ex pareja con un instrumento contundente provocando una lesión muy grave en la cabeza que a pesar de no provocar la muerte, sí fue necesario una intervención quirúrgica importante. Se valoró por tanto que se trataba de una tentativa idónea y acabada lo correcto y proporcionado con arreglo al precepto legal es reducir la pena en un solo grado y no en dos, con independencia de que las heridas finales no derivaran en un peligro de muerte inminente, debido en gran medida a la intervención médico-quirúrgica. Por consiguiente, y a tenor de todo lo que se ha venido razonando, debe entenderse que, tras ejecutarse la acción homicida hasta el punto de generar un peligro concreto para la vida de la víctima, no cabe reducir la pena en dos sino en uno. En conclusión: la pena que se vaya a imponer depende de las circunstancias del caso.



*fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta [...] Pues todo indica que el texto legal parte de la premisa de que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también. Lo proporcionado y razonable es que cuanto mayor sea el número de actos ejecutados sea también mayor el peligro inherente al intento, de ahí que el legislador haya atendido al criterio del desarrollo y avance de la dinámica comisiva para modular la gravedad de la pena. Por todo ello, ha de entenderse que, en definitiva, el parámetro determinante para establecer la cuantía punitiva en la tentativa es el del peligro inherente al intento, operando así el desarrollo de la conducta como un indicio de que el peligro es más o menos elevado, pero sin que siempre tengan que coincidir en la práctica ambos factores, como anticipamos supra . Cosa que no sucede cuando el peligro alcanza una alta probabilidad de materializarse en el resultado debido a su grado de concreción y a la consiguiente proximidad de afectación al bien jurídico tutelado por la norma penal, hipótesis en que lo razonable es reducir la pena en un solo grado aunque la acción del autor no se haya culminado”.*

Una vez abordado el tema sobre la tentativa, el apartado segundo del artículo 16 del Código Penal recoge la figura del *desistimiento*. La normativa penal establece que “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.”

La naturaleza del desistimiento ha sido objeto de diferentes opiniones en la doctrina.

Hay quienes se decantan afirmando que el desistimiento es un *elemento negativo del tipo o causa de atipicidad* ya que tradicionalmente en nuestra legislación penal no se preveía el desistimiento en la tentativa. Se considera de esta forma pues se tiende a colocar esta institución dentro del tipo del injusto de la tentativa. Dentro de esta vertiente se estima que el desistimiento “*cancela el peligro de lesión del bien jurídico protegido*” o “*los actos ejecutivos que se han comenzado a realizar son irrelevantes penalmente si existe un desistimiento voluntario y eficaz con lo que la consecuencia es que no habrá llegado a existir el injusto de la tentativa*”.

En cambio hay otra parte doctrinal que considera el desistimiento como un levantamiento de la pena; en mi opinión es la postura más sensata y lógica. Opiniones personales aparte, quienes siguen esta corriente de pensamiento, valoran el desistimiento como una conducta

post tentativa y previa a la consumación. Se podría decir que separan ambas figuras pues el desistimiento no afecta ni a la antijuridicidad ni tipicidad de la tentativa: el desistimiento aparece una vez que se ha manifestado el desvalor del hecho<sup>114</sup>.

Pasando ahora al análisis del desistimiento, en el artículo 16.2 del Código Penal se hallan dos tipos de comportamiento del autor es decir: por un lado, el autor una vez ha comenzado la materialización de la acción, decide interrumpirla, decide cesar en el desarrollando la acción: *desistimiento pasivo* mientras que por el otro lado, el autor no solamente abandona la acción que había comenzado a ejecutar sino que evita la consumación del resultado que en un primer momento había contemplado llevar a cabo: *desistimiento activo*. Por ello lo que distingue el apartado segundo del apartado primero del artículo 16 del CP es la *razón causal de la falta de producción del resultado*. El artículo 16.1 que recoge como he explicado previamente la figura de la tentativa punible, el resultado no se llega a producir por causas ajenas a la voluntad del autor mientras que el apartado segundo no hay resultado por evitación por parte del autor en consumir el delito<sup>115</sup>.

En nuestro Derecho es fundamental que el desistimiento sea totalmente *voluntario* para que pueda aplicarse la impunidad que prevé el CP. La jurisprudencia estima que existe voluntariedad cuando la decisión de desistir, es fruto de una *reflexión del autor y no de la aparición de obstáculos* que impiden que se siga desarrollando la acción. Esta reflexión del autor que acabo de mencionar, es lo que ROXIN denomina “racionalidad del delincuente”<sup>116</sup>

El cese de la acción, como dice la STS de 21 de diciembre de 1983, debe darse por “*obra de su espontanea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección*”.

En sentido similar esclarece la STS N.º 572/2019 de 25 noviembre que apoya la teoría que el desistimiento debe considerarse voluntario cuando “*resulte de motivos totalmente autónomos, es decir sin que surja por medio una transformación de la situación, y únicamente en base a la*

---

114 PIVA TORRES Gianni Egidio, (2019). *El destitimiento en la tentativa y el delito imposible*, 1ºed, Barcelona, Editorial: J.M. Bosch Editor, p. 40 y ss.

115 STS N.º 867/2008 de 15 de diciembre de 2008 FJ 1º. Aquí también se manifiesta que la similitud que existe entre ambas figuras: “*De este modo la semejanza entre uno y otro supuesto, la forma imperfecta de ejecución del delito y el desistimiento impune tan sólo sancionable respecto de la responsabilidad que al autor le incumba en relación con los actos ya ejecutados en sí mismos constitutivos de un delito o falta(\*), estriba en la realización de hechos integrables en la fase externa del delito tanto como en la ausencia final del resultado no alcanzado.*” (\*)se trata de una sentencia previa a la sustitución de la falta por delito leve.

116 MIR PUIG Santiago, (2016). *Derecho Penal Parte General*, 10ºed, Madrid, Editorial:Reppertor, p. 369.

*reflexión interior del sujeto; que el desistimiento voluntario se produce por la interrupción que el autor realiza "por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección".*

En lo que concierne los requisitos que reviste la institución del desistimiento, la STS N.º 804/2010 de 24 de septiembre<sup>117</sup> en su FJ 2 indica que es necesario:

*"1. Hallarse ante la comisión de un delito en grado de tentativa, cualquiera que fuere el grado de ejecución alcanzado, siempre que el mismo, obviamente, no hubiere llegado a consumarse.*

*2. Que dicha ausencia de consumación se debiera a una actuación llevada a cabo por el propio autor del delito, no de la víctima o de terceros,*

*3. Que esa actuación consista bien en un comportamiento pasivo, como el mero "desistimiento de la ejecución ya iniciada", o activo, "impidiendo la producción del resultado".*

*4. Que semejante comportamiento del autor sea completamente voluntario y no influido o condicionado por causas ajenas a su voluntad libre."*

En sentido contrario la jurisprudencia ha venido entendiendo también que la institución del desistimiento ha de considerarse *involuntario e ineficaz* cuando en la dinámica delictiva han surgido en el agente, impedimentos que dificultan la progresión del delito ya sea porque han manifestado hechos inesperados o porque la consumación se ha convertido más arriesgada. Así se expresa por ejemplo la STS N.º 224/2005 de 24 de febrero<sup>118</sup>: *"la doctrina entiende que el desistimiento no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba, y aunque, en principio, tales impedimentos pudieran calificarse de absolutos o de relativos, la jurisprudencia viene considerando que en ambos casos debe excluirse, en principio, la hipótesis del desistimiento voluntario"*.

---

117 En este caso el TS valora que se puede apreciar el desistimiento por la conducta que ha manifestado el autor pues, sin impedimento alguno ajeno para proseguir su acción, la cesó de manera completamente voluntaria evitando además de forma eficaz el resultado. El autor, en palabras de la sentencia, pretendía "seccionar el cuello" de la víctima (la intención homicida existe) pero esta pudo agachar la cabeza provocando, por suerte, solamente un corte en su barbilla y en ese instante el sujeto activo interrumpió la acción y abrió la puerta de la vivienda dejando que la víctima escapara.

118 FJ undécimo. En esta sentencia no se aprecia la aplicación del desistimiento en un caso de agresión sexual pues las circunstancias que se han producido han sido ajenas a la voluntad del autor: En el supuesto que se analiza el acusado "trató de introducir su pene en el ano de ésta, no llegando a penetrarla y cesando en ese propósito ante la resistencia de Lourdes al sentir dolor». Es evidente que el acusado dió comienzo a la ejecución del delito y si no se produjo el resultado apetecido, esto es, la penetración anal fue por causas independientes de la libre determinación del sujeto, cual fue la propia resistencia de la menor ante el dolor producido, lo que hace inaplicable aquel desistimiento".

Sobre esto es interesante resaltar que el merecimiento de la impunidad de la que goza el desistimiento depende un poco de las circunstancias de cada caso y de la postura que se pretenda tomar al respecto. En efecto existen teorías como

- La *teoría de la consideración individualizada* cuyo fundamento descansa en descartar la impunidad cuando al autor del delito ha perdido el control de los hechos no obstante cese en proseguir con la ejecución; y por otro lado
- La *teoría de la consideración global* que apoya la existencia de desistimiento cuando el autor todavía sigue manteniendo el dominio de los hechos y abandona la idea de llegar a producir el resultado<sup>119</sup>.

Esto significa que la clave para poder barajar la impunidad es la valoración de la situación una vez que se han cometido actos ejecutivos viendo si la producción del resultado o la evitación del mismo depende de la voluntad del autor es otras palabras, si decide efectuar la consumación de la conducta delictiva o evitarla voluntariamente<sup>120</sup>.

Por ultimo cabe mencionar el apartado 3 del artículo 16 que recoge la institución del desistimiento en supuestos de pluralidad de sujetos: *Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.*

Se ha cuestionado si hace unicamente referencia a supuestos de coautoría excluyendo la participación pues los cooperadores y partícipes no ejecutan la acción por lo que no encajaría dentro lo que establece el contenido de dicho apartado: “aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada”. No obstante las posibles dudas al respecto, del contenido del precepto no se aprecia un rechazo total de los partícipes por lo que puede entenderse que se desistirá

---

119 Ejemplo: yo quiero matar a mi vecino, le disparo pero no logro alcanzarle. El hecho de disparar supone que ya he ejecutado todos los actos necesarios pero lo que quiere decir esta teoría es que si yo tuviera más oportunidades para volver a disparar y no lo hago, ya he recuperado control sobre la situación y he cesado en mi voluntad de provocar la muerte a mi vecino. Se entiende que en este tipo de casos puede contemplarse el desistimiento.

120 ALAUSTEY DOBÓN Carmen, (2011). “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. Madrid: Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), nº5, pag 13-53, disponible en: <https://login.bucm.idm.oclc.org/login?url=https://www-proquest-com.bucm.idm.oclc.org/scholarly-journals/tentativa-inacabada-acabada-y-desistimiento/docview/1138751555/se-2?accountid=14514>.

dentro del marco de la actuación que ya haya comenzado el autor: el comienzo de la ejecución se vincula a la conducta llevada a cabo por el autor y no por el partícipe<sup>121</sup>.

La STS N.º 637/2019 de 19 de diciembre sobre el desistimiento de los partícipes en el plan delictivo, argumenta que se exigen determinadas conductas dependiendo de:

- Si éste no haya realizado aún todo cuanto debía realizar según el plan del delito, *el desistimiento requiere que interrumpa su aporte, que no continúe en la contribución al hecho*; mientras que
- Si ya ha efectuado su colaboración en su totalidad, deberá de *neutralizar su aportación*.

Lo que la doctrina impone en supuestos del 16.3 del CP es que *no basta con la retirada del propio aporte para la exoneración de pena [...]sino que debe esforzarse firmemente en disuadir a los demás de consumir el delito, realizando todo aquello que le fuere exigible, en atención a las circunstancias del caso, para evitarlo*.

En lo que concierne la impunidad, solamente se aplicará aquellos partícipes que desistan. La ley valora el cambio de conducta que se ha producido<sup>122</sup>.

### 5.3 Consumación y agotamiento del delito.

Como ultima etapa del *iter criminis* hay que abordar el tema de la consumación y agotamiento del delito.

Al entender que una realización parcial de los elementos del tipo conlleva a la existencia de tentativa, cuando el autor realiza todos los elementos descritos en el tipo de la Parte Especial, estamos ante la *consumación del delito* es decir, se efectúa la materialización formal de la conducta establecida en el tipo<sup>123</sup>.

Es importante matizar que la consumación se realiza de distintas formas según la tipología de los delitos:

- Cuando se trata de *delitos de mera actividad*, se entiende que la acción se consuma en preciso momento en el que se desarrolla la conducta ilícita o de lo contrario, cuando no se realiza el comportamiento que se suponía debía haberse efectuado dando lugar a una conducta omisiva. En estos supuesto, nuestro Derecho Penal no exige un resultado fruto de dicha actuación de parte del autor.

---

121 GIL PASCUAL Antonio, (2009). *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 1ºed, Valencia, Editorial: Tirant lo Blanch, p.241.

122 FJ 5º.

123 MIR PUIG Santiago, (2016). *Derecho Penal Parte General*, 10ºed, Barcelona, Editorial Reppertor, p.364.

Por ejemplo, la STS N°754/2012 de 11 de octubre de 2012 relata como en un delito de agresión sexual, al ser un delito de mera tendencia y actividad, “*no requiere resultado material alguno, y que se manifiesta ordinariamente en grado de consumación, sin fases imperfectas, por la propia realización del acto del que se desprenda el móvil libidinoso a través de los tocamientos o contactos corporales ejecutados, aunque no se logre la plena satisfacción de los lúbricos deseos mediante la realización de todos los actos imaginados y queridos*”.

Otro ejemplo es el delito de omisión de socorro. La STS N.º 502/2016 de 09 de junio de 2016, en su FJ 4º, el Tribunal explica que en este tipo de conducta delictiva la consumación se manifiesta cuando se deja de prestar auxilio.

- En lo que respecta los *delitos de resultado* y los *delitos de comisión por omisión*, para que pueda confirmarse la consumación del delito, es preciso tanto la producción completa de la conducta recogida en el tipo penal como el resultado típico derivado de dicha actuación del sujeto activo.

La STS N.º 150/2020 de 18 de mayo, que trata de un delito contra la seguridad social, explica que *al encontrarse ante un delito de resultado la consumación solo se produce cuando se realizan todos los elementos del tipo, incluidas las condiciones especiales del autor y el resultado. Por ello la producción de un resultado es requisito necesario para la consumación*”. El tipo penal en este delito se fundamenta en propiciar relaciones laborales ficticias con la finalidad de permitir el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social a las que no se hubiera tenido derecho sin esa simulación por lo que la consumación se entiende producida en el momento en el que el sujeto activo recibe el cobro de dichas prestaciones indebidas<sup>124</sup>.

- En los delitos definidos como *instantaneos*, la consumación se produce en un momento es decir cuya duración finaliza en el instante de perpetrarse.
- En los delitos definidos *permanentes* la consumación comienza justo cuando el autor inicia la conducta prohibida prolongando la situación antijurídica por un tiempo.<sup>125</sup>

---

124 El acusado constituyó una empresa siendo el único socio y administrador la cual no realizaba actividad alguna. Pese a ello durante 2 años dio de alta en la SS a personas cobrándoles en algunos casos cantidades por realizar esos supuestos contratos de trabajo que confeccionaba con los datos personales proporcionados y así poder aparecer en ellos como trabajadores de la empresa, cuando en realidad nunca llegaron a trabajar en la misma, fingiendo unas relaciones laborales inexistentes. Dichos “trabajadores” eran plenamente conscientes de la actuación del acusado y por ello, estos también sacaban provecho dándose de alta en la SS percibiendo en algunas ocasiones prestaciones por desempleo cuando “cesó” la actividad a sabiendas de no haber trabajado nunca.

125 ORTS BEREGUER Enrique, GONZALEZ CUSSAC José L, (2019). *Compendio de Derecho Penal: Parte General*, 8ªed, Valencia, Editorial: Tirant lo Blanch, p. 281.

El comportamiento que realiza el autor durante una detención ilegal, es un buen ejemplo para exponer como se produce la consumación en esta tipología de delitos.

La STS N°346/2007 de 27 de abril relata que *el delito de detención ilegal constituye una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar [...] Se trata asimismo de un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial*<sup>126</sup>.

Como ultimo apunte cabe subrayar que con la consumación no finaliza el camino del delito pues existe también una fase posterior a la realización plena del tipo penal: el agotamiento.

Por agotamiento del delito se entiende que el autor de la acción delictiva ha logrado su objetivo quedando satisfecha su intención.

El agotamiento equivale a lo que también se conoce como “*consumación material*” cuyos efectos penales son totalmente irrelevantes. Al Derecho Penal no interesa si el autor ha cumplido con sus objetivos pues el artículo 61 del Código Penal establece que cuando la ley impone una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada es decir, de la consumación formal en términos de realización de todos los elementos del tipo descritos por el legislador<sup>127</sup>.

---

126 FJ 5°.

127 GÓMEZ RIVERO M°del Carmen, MARTÍNEZ GONZÁLEZ M° Isabel, NÚÑEZ CASTAÑO Elena, (2019). *Nociones fundamentales de Derecho Penal Parte General*, 4ªed, Madrid, Editorial: tecnos, p.351.

## 6. CONCLUSIONES

La elección del argumento aquí desarrollado se fundamenta en la utilidad que conlleva para el estudiante de Derecho que tiene como objetivo dedicarse al ejercicio de la abogacía y más concretamente en esta rama del Derecho, conocer las diferentes etapas que componen un delito desde que nace en la cabeza del sujeto hasta que esa idea inicialmente irrelevante para el Derecho, se concretiza en el mundo exterior.

La elaboración de este trabajo dentro de su complejidad y amplitud, me ha ayudado a entender y a profundizar cuestiones muy importantes del Derecho Penal; aspectos que se plantean frecuentemente durante el ejercicio de la abogacía.

Durante el análisis de los puntos que he ido tratando he podido conocer que opina la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo forjando al mismo tiempo, mi propio punto de vista y mirar con ojo crítico.

En lo que concierne la fase interna del *iter criminis*, es importante a la par de interesante, conocer como el camino que recorre el delito, comienza desde la mente de la persona entrando por lo tanto en una esfera más íntima y subjetiva a través de la elaboración y desarrollo de un plan. Siempre he considerado de suma importancia que quien se dedique al ejercicio del Derecho Penal, tenga conocimiento de este aspecto a pesar de ser irrelevante desde el punto del vista jurídico porque ayuda a entender y estructurar los casos que se nos pueden plantear el día de mañana. Para mí significa poder conocer y entender la mente del sujeto.

En lo que respecta el estudio de la fase externa del *iter criminis*, he podido crear mis propias conclusiones sobre determinados aspectos.

Sobre el análisis de la conspiración ubicada en el artículo 17.1 del CP, como he puesto de manifiesto, se hallan diferentes posturas doctrinales al respecto es decir, quienes se ciñen al valor literal del precepto y quienes en cambio, optan por una visión más amplia.

Mi opinión al respecto se posiciona junto aquellos que ven más allá de lo estrictamente establecido pues considero que sí se dan los presupuestos marcados para la apreciación de la conspiración aun cuando quien decide cometer el delito, es un tercero ajeno al concierto de dos o más personas, pues existe la voluntad en querer cometer un delito y aceptación de parte de quien realmente lo va a ejecutar.

En cuanto a la proposición es mi intención hacer un recordatorio de los elementos clave que la caracterizan: en primer lugar debe existir una idea delictiva inicial por parte del



proponente/s, en segundo lugar, se trata de una invitación concreta y privada, pues de ser aceptada por el tercero que recibe la invitación, la proposición se convierte en conspiración, pues habría un acuerdo entre dos o más sujetos para la comisión de un delito resolviendo su correlativa ejecución, en tercer lugar no se requiere que el invitado ejecute el delito, siendo además intrascendente para la existencia de la proposición que la invitación sea aceptada por el destinatario. Por último tras la Reforma del 2015, la proposición se entiende que debe darse una persuasión a un sujeto tercero para que este intervenga en el hecho ilícito como partícipe y no como autor. No es una invitación a una autoría o coautoría.

En lo que respecta la provocación opino que tiene todo el sentido en sancionarla como inducción. Como expliqué en el apartado de la provocación, este acto preparatorio punible tiene carácter publico y multitudinario mientras que la inducción conocida como forma de autoría, reviste naturaleza privada e interpersonal. No obstante sean figuras distintas, entiendo que cuando el provocador lanza el mensaje a una multitud de sujetos, es de suponer que éste se interioriza de forma individual y serán algunos quienes efectivamente decidan cometer la conducta delictiva.

Muy controvertido y delicado me ha resultado el tema de la apología pues como he relatado, hay supuestos en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que formas específicas de apología, suponen una intromisión ilegítima dentro el marco de los Derechos Fundamentales y más concretamente con el Derecho a la libertad de expresión.

Por último es importante en mi opinión que los delitos en específico y los elementos que lo componen se deban analizar de forma muy meticulosa para conocer cuando un determinado hecho es un acto preparatorio que favorece la materialización del mismo, conocer el tipo de tentativa que puede llegarse a producir según se hayan dado los acontecimientos o incluso saber cuando puede considerarse que se ha realizado su consumación.

Sobre la tentativa se ha visto que se trata de una conducta dolosa que supone el inicio de la ejecución pero sin llegar a la consumación y agotamiento.

## 7.BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN CONSULTADA

### Bibliografía

- AGUDO FERNÁNDEZ Enrique, JAÉN VALLEJO Manuel, PERRINO PÉREZ Ángel Luis, 2016. "El terrorismo en el siglo XXI: la respuesta penal en el escenario mundial", 1ªed, Editorial: Dykinson SL, p.171.
- AGUILAR CÁRCELES Marta María, 2015. " *Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección*".EN: AGUILAR CÁRCELES Marta Maria, BARQUÍN SANZ Jesús, BENÍTEZ ORTÚZAR Ignacio F., CANO PAÑOS Miguel Angel, CASTELLÓ NICÁS Nuria, CRUZ BLANCA María José, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO Eva Mº, FERNÁNDEZ PANTOJA Pilar, GARCÍA CALDERÓN Jesús María, GARRIDO CARRILLO Fco Javier, GONZÁLEZ RUS Juan José, GONZÁLEZ TAPIA María Isabel, MIRÓ LLINARES Fernando, MORILLAS CUEVAS Lorenzo, MORILLAS FERNÁNDEZ David Lorenzo, MUÑOZ RUIZ Josefa, OLMEDO CARDENETE Miguel, PALMA HERRERA José Manuel, PÉREZ ARIAS Jacinto, PÉREZ FERRER Fátima, PERIS RIERA Jaime, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ Samuel, DEL ROSAL BLASCO Bernardo, SÁINZ-CANTERO CAPARROS José E., SÁNCHEZ ROBERT Maria Jose, SUÁREZ LÓPEZ Jose Maria, TORRES ROSELL Nuria, VALLS PRIETO Javier. "Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Organicas 1/2015 y 2/2015)", 1ªed, Madrid: Editorial Dykinson SL, p.53 a 72.
- ALASTUEY DOBÓN Carmen, 2016. " *Los grados de realización del delito*".En ROMEO CASABONA Carlos, SOLA RECHE Esteban, BOLDOVA PASAMAR Miguel Angel, "Derecho Penal parte general, Introducción Teoría jurídica del delito", 2ªed, Granada: Editorial Comares, p. 185 a 202.
- ARISTIZABAL DIAZGRANADOS Edith, AMAR AMAR José, 2012. " *Psicología Forense: estudio de la mente criminal*", 2º ed, Bogotá-Colombia: Editorial Universidad del Norte, p. 24.

- BACIGALUPO SAGGESE Silvina, BAJO FERNÁNDEZ Miguel, J.BASSO GONZALO, CANCIO MELIÁ Manuel, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO Julio, FAKHOURI GÓMEZ Yamila, LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, MARAVER GÓMEZ Mario, MENDOZA BUERGO Blanca, MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, PEÑARANDA RAMOS Enrique, PÉREZ MANZANO Mercedes, POZUELO PÉREZ Laura, RODRÍGUEZ HORCAJO Daniel, 2019.“Manual de Introducción al Derecho Penal”, 1ºed, Madrid: Editorial imprenta nacional de la agencia estatal BOE, p.71 y ss.
- BARBER BURUSCO Soledad,2018. “*Actos preparatorios punibles*” EN: DE VICENTE REMESAL Javier, PAREDES CASTAÑÓN Jose Manuel, TRAPERO BARREALES María, BARBER BORUSCO Soledad, JERICÓ OJER Leticia, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ Virgilio, PAVÍA CARDELL Juan, FRANCÉS LECUMBERRI Paz, ESCOBAR VÉLEZ Susana, TORRES CADAVID Natalia, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel, OLAIZOLA NOGALES Inés, ROSO CAÑADILLAS Raquel. DURAN SECO Isabel, GARCIA MOSQUERA Marta, DE LA FUENTE HONRUBIA Fernando, VEGA GUTIERREZ Jose Zamy, LUZON CAMPOS Enrique, PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ Carmen, CARDONA CARONA Lina Mº.“Derecho Penal en casos, Parte General estudio analítico práctico” Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p.351 a 363.
- BARJA DE QUIROGA Jacobo, GRANADOS PÉREZ Carlos, MARTÍNEZ ARRIETA Andrés, MARTÍNEZ- ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO Cristina, VILLEGAS GARCÍA Mª DE LOS ÁNGELES. 2019 “Código Penal- comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico”, 17ºed, A Coruña, Editorial Colex SL, p. 70.
- BLANCO LOZANO Carlos, 2005. “Tratado de Derecho Penal español-Tomo I El sistema de la parte general volumen II, la estructura del delito”,Barcelona: Editorial JM Bosch Editor, p.401.
- CAMPO MORENO Juan Carlos, (2000).“Los actos preparatorios punibles”,Valencia, Editorial: Tirant Lo Blanch, p. 55 a 59.

- CUELLO CONTRERAS Joaquín, (2009). "El Derecho Penal Español- Parte General volumen II Teoría del delito", 1ºed, Editorial: Dykinson S.L., p. 290 y ss.
- EZAINE CHAVEZ Amado, 1984. "Iter Criminis, actos preparatorios, tentativa, frustración, consumación", 5ºed, Lima-Perú:Ediciones jurídicas lambayecanas, p.9.
- FRANCO LOOR Eduardo, 2012. "Fundamentos de Derecho Penal moderno Tomo II", 1ºed, Quito, Editorial: Corporación de estudios y publicaciones, p.399 y ss.
- GIL PASCUAL Antonio, 2009. "Desistimiento y concurso de personas en el delito", 1ºed, Valencia, Editorial: Tirant lo Blanch, p.241.
- GÓMEZ RIVERO Mºdel Carmen, MARTÍNEZ GONZÁLEZ Mº Isabel, NÚÑEZ CASTAÑO Elena. 2019 "Nociones fundamentales de Derecho Penal Parte General", 4ºed,Madrid, Editorial: tecnos, p.337 y ss.
- GRAF ZU DOHNA Alexander, 2018."La estructura de la teoria del delito"*Edición* primera, 1ºed, Argentina, Editorial Olejnik, p. 16 y ss.
- NUÑEZ DE ARCO Jorge, 2017. "Psicología criminal y Criminalistica", 1ºed, Santiago-Chile: Ediciones Olejnik, p. 207.
- MACÍAS JARA María. 2016 "*Libertad de expresión versus apología del terrorismo. Aspectos y limites constitucionales*". EN: SUÁREZ VILLEGAS Carlos, GUADARRAMA RICO Luis Alfonso y GONZÁLEZ JIMENEZ Mº del Mar. "Libro de Actas del III Congreso Internacional de Etica de la Comunicación. Desafíos éticos de la comunicación en la Era digital", Madrid: Editorial: Dykinson, p. 79-91.
- MIR PUIG Santiago, 2016. "Derecho Penal Parte General", 10ºed, Madrid, Editorial:Reppertor, p. 355 y ss.
- MORILLAS CUEVA , Lorenzo, (2016). "*Sistema de Derecho Penal, fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*", 3º ed, Madrid, Editorial Dykinson, p. 88 y ss.

- MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARAN Mercedes, 2010. "Derecho Penal parte General", 8ªed, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanc, p. 215.
- PÉREZ FERRER Fátima, (2008). "El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español ", 1ªed, Madrid, Editorial: Dykinson, p. 387 y ss.
- PIVA TORRES Gianni Egidio, 2019. "El destitimiento en la tentativa y el delito imposible", 1ªed, Barcelona, Editorial: J.M. Bosch Editor, p. 40 y ss.
- ORTIZ NAVARRO José Francisco, ZABALA LÓPEZ-GOMEZ Carlos, "Elementos de Derecho Penal parte General", 3ªed, Editorial Tirant lo Blanc 2020, p.159
- ORTS BEREGUER Enrique, GONZALEZ CUSSAC José L, 2019. "Compendio de Derecho Penal: Parte General", 8ªed, Valencia, Editorial: Tirant lo Blanch, p. 281.
- ROXIN Claus, 2016. "Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal", 9ªed, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 60.
- SERRANO BERMÚDEZ Jose María, (2013). "Conceptos básicos de Derecho Civil, Penal y Procesal" EN: SIERRA Juan Carlos, JIMÉNEZ Eva María "Psicología forense: manual de técnicas y aplicaciones" edición en formato digital: 2013. Editorial Biblioteca Nueva SL, p. de 89 a 103.
- VALIENTE MARTÍNEZ Francisco. 2020 "La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión", 1ª de, Madrid, Editorial: Dykinson, p.286.

#### Artículos de revistas jurídicas

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen, 2019. "La invitación interpersonal a delinquir como acto preparatorio punible 1". *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. Madrid: Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED, numero 21, p. 59 a 104, disponible en: <https://login.bucm.idm.oclc.org/login?url=https://www-proquest->

[com.bucm.idm.oclc.org/scholarly-journals/la-invitación-interpersonal-delinquir-como-acto/docview/2404652334/se-2?accountid=14514](https://login.bucm.idm.oclc.org/scholarly-journals/la-invitación-interpersonal-delinquir-como-acto/docview/2404652334/se-2?accountid=14514).

- ALAUSTEY DOBÓN Carmen, 2011. *“Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. Madrid: Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), nº5, pag 13-53, disponible en: <https://login.bucm.idm.oclc.org/login?url=https://www-proquest-com.bucm.idm.oclc.org/scholarly-journals/tentativa-inacabada-acabada-y-desistimiento/docview/1138751555/se-2?accountid=14514>.
- ALONSO RIMO Alberto, 2017. *“¿Impunidad de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”*. *Revista InDret* [en línea]. Barcelona: Editorial Universitat Pompeu Fabra, nº4, p. 79, disponible en <https://indret.com/impunidad-general-de-los-actos-preparatorios-la-expansion-de-los-delitos-de-preparacion/>.
- ALONSO RIMO Alberto, 2010. *“Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”*. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [EN LINEA]. España: Editorial: UNED, nº4, p.13-80, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3439297>.
- BERNAL DEL CASTILLO Jesus, 2017. *“Actos preparatorios y provocación al terrorismo”*. *Cuadernos de Política Criminal* [EN LINEA]. España: Editorial Dykinson, nº112, p. 5-46, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/477268>.
- CÁMARA ARROYO Sergio, 2017. *“El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, [en línea]. España: Editores Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es/>) Boletín Oficial del Estado, BOE (<http://www.boe.es>). Tomo 70, págs. 139-225, ISSN 0210-3001, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930585>
- CASTRO MARADIAGA Juan Bautista, 2009. *“Las etapas del Iter Criminis y su aplicación práctica en los tipos del injusto de homicidio y asesinato”*. *Revista de Derecho* [en línea].

Nicaragua : Editorial Universidad Centroamericana, n<sup>a</sup>12, p. 97 a 132, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973388>.

- FUENTES OSORIO Juan L. 2006. "*Formas de anticipación de la tutela penal*". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea] España: Editorial Universidad de Granada, n<sup>o</sup>8, p. 08:1-08:40, disponible <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>.
- GALÁN MUÑOZ Alfonso, 2016. "*¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código Penal de la LO 2/0215*". *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. Madrid: Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), n<sup>o</sup>15, p. 95 a 138, disponible en <https://login.bucm.idm.oclc.org/login?url=https://www-proquest-com.bucm.idm.oclc.org/scholarly-journals/leyes-que-matan-ideas-frente-las-personas/docview/1892122127/se-2?accountid=14514>
- MEJÍA A. Humberto, 1966. "*Análisis del Iter Criminis*". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* [en línea]. Colombia: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, vol 41, n<sup>o</sup>115, p. 21 a 30, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212512>.
- MUÑAGORRI LAGUIA Ignacio. 1989 "*Punición o despenalización de la proposición para delinquir*". *Anuario de derecho penal y ciencias penales* [en línea] España: Editorial Ministerio de Justicia (BOE), tomo 42, p. 989-1020, disponible en <file:///C:/Users/Utente/Downloads/Dialnet-Punicion0DespenalizacionDeLaProposicionParaDelinqu-46357.pdf>.
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo, 2018. "*Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades*". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* [en línea] España: Editores Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es/>) Boletín Oficial del Estado, BOE (<http://www.boe.es>), Tomo 71, paginas 75 a 89, ISSN: 0210-3001, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930648>.

- RAMÓN RIBAS Eduardo, 2004, *“La conspiración para delinquir Comentario a la STS 791/1998, de 13 de noviembre (RJ Aranzadi 8962) Recurso de casación 973/1997-P, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 1.ª) de 4-2-1997”*. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. Madrid: Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho, 2ª época, nº13, páginas 353-390, disponible en <http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-13-5110>.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ Samuel. 2014 *“El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”*. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), nº12, p. 165-232, disponible en: <https://search-proquest-com.bucm.idm.oclc.org/publication/1596355>.

#### Legislación consultada

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.



## **8. ANEXO JURISPRUDENCIAL**

- STS N.º 150/2020 de 18 de mayo 2020, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2020\5098.
- STS N.º 515/2019 de 29 de octubre de 2019, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 1614/2018
- STS N.º 637/2019 de 12 de diciembre de 2019, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2019\5439.
- STS N.º 431/2019 de 1 de octubre de 2019, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2019\3688.
- STS N.º 572/2019 de 25 de noviembre de 2019, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2019\4941.
- STS N.º 714/2018 de 16 de enero 2019, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 2851/2017.
- STS N.º 144/2018 de 22 de marzo de 2018, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera RJ 2018\1365.
- STS N.º 56/2018 de 1 de febrero de 2018, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera RJ 2018\514.
- STS N.º 234/2017 de 4 de abril, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2017\2127.
- STS N.º 149/2017 de 9 de marzo de 2017, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 15/2012.
- STS N.º 09/2017 de 18 de enero de 2017, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 10466/2016.
- STS N.º 502/2016 de 09 de junio de 2016, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 1723/2015.
- STS N.º 106/2015, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2015.

- STS N°454/2015 de 10 de julio de 2015, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera RJ 2015\6558.
- STS N.º 106/2015 de 19 de febrero de 2015, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera RJ 2015\1064.
- STS N.º 701/2015 de 6 de noviembre de 2015, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2015\6310.
- STS N°308/2014 de 24 de marzo, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera , RJ 2014\2033.
- STS N°568/2014 de 07 de julio de 2014, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera , REC 32/2014.
- STS N.º 953/2013 de 16 de diciembre de 2013, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 673/2013.
- STS N° 1078/2012, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 10626/2012 de 08 de Noviembre de 2012.
- STS N.º 754/2012 de 11 de octubre de 2012, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 10041/2012.
- STS N.º 234/2012 de 16 de marzo, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2012\5012.
- STS N°304/2011, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera de 19 de abril de 2011, RJ 2011\3473.
- STS N°259/2011 de 12 de abril de 2011, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2011\5727.
- STS N.º 812/2011 de 21 de julio de 2011, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 46/2011.
- STS N° 711/2010 23 junio de 2010, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2010\3726.
- STS N°224/2010 de 3 de marzo 2010, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2010\1469.

- STS N.º 804/2010 de 24 de septiembre de 2010, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2010\7631.
- STS N.º STS N.º 120/2009 de 9 de febrero de 2009, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2009\905.
- STS N.º120/2009 de 9 de febrero de 2009, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo RJ 2009\905.
- STS N.º813/2009 de 07 de julio de 2009, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 1655/2008.
- STS N.º 28/2009 de 23 de enero de 2009, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2009\2027.
- STSN.º203/2009 de 11 de febrero de 2009, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2009\1397 .
- STS N.º 813/2008 de 2 de diciembre de 2008, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 10136/2008.
- STS N.º 346/2007 de 27 de abril de 2007, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2007/2019.
- STS N.º 886/2007 de 2 de noviembre, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ,Sección primera, **RJ 2008\61.**
- STS N.º 440/2006, de 07 de abril de 2006, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección 1º, REC 1042/2005.
- STS N.º 556/2006 de 31 mayo de 2006, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2007\1676.
- STS N.º798/2006 de 14 de julio de 2006, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2006\6053.
- STS N.º 359/2006 de 21 de marzo de 2006, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2006\5439.
- STS N.º 1071/2003 de 17 de julio de 2003, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2003\6194.

- STS N°1113/2003 de 25 de julio, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2003\6058.
- STS N°1994/2002 de 29 de noviembre de 2002, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2002\10874.
- STS N°. 2114/2002 de 18 diciembre de 2002, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, RJ 2003\2228.
- STS N.º 1129/2002 de 18 de junio, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección primera, REC 844/2001.